بحر المذهب

في فروع المذهب الشافعي

تأليف

القاضي العلامة فخر الإسلام شيخ الشافعية
الإمام أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني
المتوفى ٥٠٢ هـ

تحقيق

طارق فتحي السيد

الجزء الثامن

يحتوي على الكتب التالية:

الوصايا - العتق - الولاء - المدبر - المكاتب

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title : BAHR AL - MADHAB

Classification: Shafeit jurisprudence
Author : Imām Abu al-Maḥāsin al-Rūyāni
Editor : Ṭāriq Fatḥi al-Sayyid
Publisher : Dar Al-Kotob Al-ilmiayh
Pages : 7232(14 volumes)
Size : 17*24
Year : 2009
Printed in : Lebanon
Edition : 1st

الكتاب : بحر المذهب

التصنيف : فقه شافعي
المؤلف :الإمام أبو المحاسن الروياني
المحقق : طارق فتحي السيد
الناشر : دار الكتب العلميـــة - بيروت
عدد الصفحات: 7232(14 جزءاً)
قياس الصفحات: 17*24
سنة الطباعة : 2009
بلد الطباعة : لبنـــان
الطبعة : الأولى

DKI
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-4061-2
9 782745 140616

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوصايا

إن الله تعالى قدر لخلقه آجالاً وبسط لهم فيها آمالاً، ثم أخفى عليهم حلول آجالهم وحذرهم غرور آمالهم، فحقيق على الإنسان أن يكون مباهياً للوصية حذراً من حلول المنية. قال الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾﴾ [البَقَرَة: ١٨٠] ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُۥ بَعْدَمَا سَمِعَهُۥ﴾ [البَقَرَة: ١٨١] إلى قوله تعالى: ﴿غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البَقَرَة: ١٨٢].

أما قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ﴾ فيعني: فرض عليكم. وقوله: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ﴾ يعني أسباب الموت.

﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا﴾: يعني مالاً. قال مجاهد: الخير في القرآن كله المال: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴿٨﴾﴾ [العَادِيَات: ٨]. المال. فقال: ﴿إِنِّىٓ أَحْبَبْتُ حُبَّ ٱلْخَيْرِ عَن ذِكْرِ رَبِّى﴾ [صَ: ٣٢] المال. ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النُّور: ٣٣] المال.

وقال شعيب: ﴿إِنِّىٓ أَرَىٰكُم بِخَيْرٍ﴾ [هُود: ٨٤] يعني: الغنى. وقال الشافعي: الخير كلمة تعرف ما أريد بها المخاطبة. قال الله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ هُمْ خَيْرُ ٱلْبَرِيَّةِ﴾ [البَيِّنَة: ٧]. فقلنا: إنهم خير البرية بالإيمان والأعمال الصالحة لا بالمال. وقال تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ هُمْ خَيْرٌ﴾. فقلنا: إن الخير المنفعة بالأجر، وقال: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾ فقلنا: إنه إن ترك مالاً؛ لأن المال هو المتروك. ثم قال: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وفي الأقربين في هذا الموضع ثلاث تأويلات:

أحدها: أنهم الأولاد الذين لا يسقطون في الميراث، دون غيرهم من الأقارب الذين يسقطون.

والثاني: أنهم الورثة من الأقارب كلهم.

والثالث: أنهم كل الأقارب من وارث وغير وارث. فدل ذلك على وجوب الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف.

واختلفوا في ثبوت حكمها: فقال بعضهم: كان حكمها ثابتاً في الوصية للوالدين والأقربين حقاً واجباً، وفرضاً لازماً، فلما نزلت آية المواريث نسخ منها الوصية للوالدين وكل وارث، وبقي فرض الوصية لغير الورثة في الأقربين على حاله، وهو قول طاوس، وقتادة، والحسن البصري، وجابر بن زيد.

فإن وصى بثلثه لغير قرابته فقد اختلفوا: فقال طاوس: يرد الثلث كله على قرابته. وقال قتادة: يرد ثلث الثلث على قرابته، وثلثا الثلث لمن أوصى له به.

وقال جابر بن زيد: رد ثلثا الثلث على قرابته وثلث الثلث لمن أوصى به. واختلفوا في قدر المال الذي يجب عليه أن يوصي منه على أقاويل:

أحدها: أنه ألف درهم، وتأولوا قوله تعالى: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا﴾ [البَقَـرَة: ١٨٠] ألف درهم، وهذا قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

والثاني: خمس مائة، وهذا قول النخعي.

والثالث: يجب في قليل المال وكثيره وهو قول الزهري. فهذا قول من جعل حكم الآية ثابتاً. وذهب الفقهاء وجمهور أهل التفسير إلى أنها منسوخة بالمواريث. واختلفوا بأية أي نسخت؟ فقال عبد الله بن عباس: نسخت بآية الوصايا بقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النِّسَاء: ٧] وقال آخرون: نسخت بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفَال: ٧٥] وسنذكر دليل من أثبتها ومن نسخها فيما بعد.

ثم قال: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البَقَـرَة: ١٨٢]. وأصل الجنف في كلام العرب: الجور والعدول عن الحق. ومنه قول الشاعر(١):

هُمُ المَوْلَى وَقَدْ جَنَفُوا عَلَيْنَا ... وَإِنَّا مِنْ لِقَائِهِمُ لَزُورُ

وفي تأويل قوله تعالى: جنفاً أو إثماً ثلاثة أقاويل:

أحدهما: أن الجنف: الميل، والإثم، أن يأثم في إثره بعضهم على بعض وهذا قول عطاء وابن دريد.

والثاني: أن الجنف: الخطأ، والإثم: العمد.

والثالث: أن الرجل يوصي لولد بنيه، وهو يرد بنيه، وهذا قول طاوس.

واختلفوا في تأويل قوله تعالى: ﴿فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ﴾ [البَقَـرَة: ١٨٢] على أربعة أوجه:

أحدهما: أنه تأويلها فمن حضر مريضاً وهو يوصي عند إشرافه على الموت فخاف أن يخطىء في وصيته، فيفعل ما ليس له، أو يعمد جوراً فيها فيأمر بما ليس له، فلا حرج على من حضره فسمع ذلك منه أن يصلح بينه وبين ورثته، بأن يأمره بالعدل في وصيته، وهذا قول مجاهد.

والثاني: أن تأويلها فمن خاف من أوصياء الميت جنفاً في وصيته التي أوصى بها الميت، فأصلح بين ورثته، وبين الموصى لهم، فيما أوصى لهم به، فيرد الوصية إلى العدل والحق، فلا إثم عليه، هذا قول ابن عباس وقتادة.

والثالث: أن تأويلها فمن خاف من موصٍ جنفاً أو إثماً في عطيته لورثته عند حضور

---

(١) البيت من الوافر، وهو لعامر الخصفي في اللسان (٩/ ٣٣ ـ جنف، ١٥/ ٤٠٨ ـ ولي)، وتأويل مشكل القرآن (٢٨٤)، وتاج العروس (ولي).

أجله، فأعطى بعضهم دون بعض، فلا إثم على من أصلح بين الورثة في ذلك. وهذا قول عطاء.

والرابع: أن تأويلها فمن خاف من موصٍ جنفاً أو إثماً في وصيته لمن لا يرثه لم يرجع نفعه على من يرثه فأصلح بين ورثته فلا إثم عليه وهذا قول طاوس.

وقال تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾ [النِّسَاء: ١٢] فلا ضرار في الوصية أن يوصي بأكثر من الثلث، والإضرار في الدين أن يبيع بأقل من ثمن المثل. ويشتري بأكثر منه.

وقد روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الإضرار في الوصية من الكبائر»[1].

وقال تعالى: ﴿وَوَصَّىٰ بِهَآ إِبۡرَٰهِـۧمُ بَنِيهِ وَيَعۡقُوبُ﴾ [البَقَرَة: ١٣٢] الآية.

وروى الشافعي عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عند رأسه مكتوبة»[2].

وروى شهر بن حوشب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إن الرجل ليعمل عمل أهل الجنة سبعين سنة، ثم يوصي، فيجنف في وصيته فيختم له بشر عمله، وإن الرجل ليعمل عمل أهل النار سبعين سنة، ثم يوصي فيعدل في وصيته، فيختم له بخير عمله»[3].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أعجز الموصي أن يوصي كما أمره الله»[4].

وروى أبو قتادة أن النبي ﷺ لما دخل المدينة، سأل عن البراء بن معرور، فقالوا: هلك وأوصى لك بثلث ماله، فقبله، ورده على ورثته وقيل: إنه كان أول من أوصى بالثلث، وأول من وصى بأن يدفن إلى القبلة، ثم صارا جميعاً سنة متبوعة[5].

والوصية على ثلاثة أقسام: قسم لا يجوز، وقسم يجوز ولا يجب، وقسم مختلف في وجوبها. فأما الذي لا يجوز: فالوصية للوارث.

وروى شرحبيل بن مسلم قال: سمعت أبا أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»[6] وأما التي تجوز ولا

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥١)، والعقيلي في «الضعفاء» (٣/ ١٨٩)، وأورده الذهبي في «الميزان» (٦٢٢١)، وابن حجر في «اللسان» (٤/ ٩٤٣)، والسيوطي في «الدر المنثور» (٢/ ١٢٨).

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٣٨)، ومسلم (١/ ١٦٢٧)، وأبو داود(٢٨٦٢)، والنسائي (٣٦١٦، ٣٦١٧)، وأحمد (٢/ ٨٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٦٧)، والترمذي (٢١١٧)، وابن ماجه (٢٧٠٤)، وأحمد (٢/ ٢٧٨).

(٤) لم أجده.

(٥) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (١/ ٣٥٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٦٠٥)، والطبراني في «الكبير» (٢/ ٢٨ ـ ٢٩).

(٦) أخرجه أحمد (٥/ ٢٦٧)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠)، وابن ماجه (٢٧١٣)، والنسائي (٣٦٤١، ٣٦٤٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٥٣٧).

تجب، فالوصية للأجانب، وهذا مجمع عليه، فقد أوصى البراء بن معرور للنبي ﷺ بثلث ماله فقبله، ثم رده على ورثته[١]. وأما التي اختلف فيها: فالوصية للأقارب. ذهب أهل الظاهر من قدمنا ذكره في تفسير الآية إلى وجوبها للأقارب، تعلقاً بظاهر قوله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البَقَرَة: ١٨٠] وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من مات من غير وصية، مات ميتة جاهلية»[٢]. وبقوله ﷺ: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة»[٣].

والدليل على أنها غير واجبة للأقارب والأجانب، ما روى ابن عباس وعائشة، وابن أبي ليلى رضي الله عنهم أن النبي ﷺ لم يوص.

وروى الشافعي عن سفيان عن الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه سعد بن أبي وقاص قال: «مرضت عام الفتح مرضاً أشرفت منه على الموت، فأتاني رسول الله ﷺ يعودني فقلت: يا رسول الله: إن لي مالاً كثيراً، وليس يرثني إلا ابني، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فبالشطر. قال: لا. قلت: فالثلث؟ قال: الثلث. والثلث كثير. إنك إن تدع ورثتك أغنياء خيراً من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[٤]. فاقتصر به النبي ﷺ في الوصية على ما جعله خارجاً مخرج الجواز، لا مخرج الإيجاب. ثم بين أن غنى الورثة بعده أولى من فقرهم.

وروى أبو زرعة عن أبي هريرة قال: قال رجل للنبي ﷺ يا رسول الله أي الصدقة أفضل؟ قال: «أن تتصدق وأنت صحيح حريص، تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان»[٥].

فلما جعل الصدقة في حال الصحة أفضل منها عند الموت، ثم لم تكن في حال الصحة واجبة، فأولى أن لا تكون عند الموت واجبة. وروى ابن أبي ذؤيب عن شرحبيل عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «لأن يتصدق المرء في حياته بدرهم، خير له من أن يتصدق بمائة عند موته»[٦] ولأن الوصية لو وجبت لأجبر عليها، ولأخذت من ماله إن امتنع منها، كالديون والزكوات ولأن الوصايا عطايا فأشبهت الهبات.

فأما الآية: فمنع الوالدين من الوصية مع تقديم ذكرها فيها، دليل على نسخها وأما قوله ﷺ: «من مات من غير وصية مات ميتة جاهلية» فمحمول على أحد أمرين، وأما على من كانت عليه ديون حقوق لا يوصل إلى أربابها إلا بالوصية، فتصير الوصية ذكرها وأدائها واجبة.

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) لم أجده.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) أخرجه البخاري (٢٧٤٢، ٦٧٣٣)، ومسلم (٨/ ١٦٢٨).
(٥) أخرجه البخاري (١٤١٩، ٢٧٤٨)، ومسلم (٩٢/ ١٠٣٢)، وأبو داود (٢٨٦٥)، والنسائي (٢٥٤٢)، وابن ماجه (٢٧٠٦)، وأحمد (٢/ ٤٤٧).
(٦) أخرجه أبو داود (٢٨٦٦)، وابن حبان (٨٢١).

وأما قوله ﷺ: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» فهذا خارج منه مخرج الاحتياط ومعناه ما الحزم لامرىء. على أن نافعاً قال لابن عمر بعد أن روى هذا الحديث حين حضره الموت: هلا أوصيت؟ قال: أما مالي، فالله أعلم ما كانت أفعل فيه في حياتي، وأما رباعي، ودوري، فما أحب أن يشارك ولدي فيها أحد. فلو علم وجوب الوصية لما رواه ولما تركها.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من جواز الوصية دون وجوبها فالوصية تشتمل على أربعة شروط:

وهي: موصي، وموصى له، وموصى به، وموصى إليه.

فأما الفصل الأول: وهو الموصي فمن شرطه أن يكون مميزاً، حراً، فإذا اجتمع فيه هذان الشرطان صحت وصيته في ماله مسلماً كان أو كافراً.

فأما المجنون، فلا تصح وصيته، لأنه غير مميز، وأما الصبي فإن كان طفلاً غير مميز فوصيته باطلة. وإن كان مراهقاً ففي جواز وصيته قولان:

أحدهما: لا يجوز. وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني لارتفاع القلم عنه كالمجنون ولأن الوصية عقد فأشبهت سائر العقود.

والقول الثاني: وبه قال مالك أن وصيته جائزة لرواية عمرو بن سليم الزريقي قال: «سئل عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ عن غلام يبلغ من غسان أوصى لبنت عمه وله عشر سنين، وله وارث ببلد آخر، فأجاز عمر ـ رضي الله عنه ـ وصيته[(١)]، ولأن المعنى الذي لأجله منعت عقوده هو المعنى الذي لأجله أمضيت وصيته، لأن الحظ له في منع العقود، لأنه لا يتعجل بها نفعاً، ولا يقدر على استدراكها إذا بلغ. والحظ له في إمضاء الوصية، لأنه إن مات فله ثوابها وذلك أحظ له من تركه على ورثته. وإن عاش وبلغ، قدر على استدراكها بالرجوع فيها فعلى هذا: لو أعتق في مرضه، أو حابى، أو وهب ففي صحة ذلك وجهان:

أحدهما: أنه صحيح ممضي، لأن ذلك وصية تعتبر في الثلث.

والوجه الثاني: أنه باطل مردود، لأن الوصية يقدر على الرجوع فيها إن صح والعتق والهبة لا يقدر على الرجوع فيها إن صح.

فأما وصية المحجور عليه بسفه، فإن قيل بجواز وصية الصبي، فوصية السفيه أجوز، وإن قيل ببطلان وصية الصبي، كانت وصية السفيه على وجهين، لاختلافهم في تعليل وصية الصبي، فإن علل في إبطال وصيته بارتفاع القلم عنه جازت وصية السفيه لجريان القلم عليه، وإن علل في إبطال وصية الصبي بإبطال عقوده، بطلت وصية السفية لبطلان عقوده.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٦٥٧)، وقال: منقطع فعمرو بن سليم لم يدرك عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وأما المحجور عليه بالفلس، فإن ردها الغرماء بطلت، وإن أمضوها جازت فإن قلنا: إن حجر الفلس كحجر المرض صحت. وإن قلنا: إنه كحجر السفيه كانت على وجهين.

وأما العبد فوصيته باطلة. وكذلك المدبر، وأم الولد، والمكاتب، لأن السيد أملك منهم لما في أيديهم.

فأما الكافر: فوصية جائزة، ذمياً كان أو حربياً، إذا وصى بمثل ما وصى به المسلم.

فأما الفصل الثاني: في الموصى له.

فتجوز الوصية لكل من جاز الوقف عليه، من صغير وكبير، وعاقل ومجنون وموجود ومعدوم، إذا لم يكن وارثاً، ولا قاتلاً.

فأما الوارث فلقوله عليه السلام: «لا وصية لوارث» ولو وصى لأحد ورثته، كان في الوصية قولان:

أحدهما: باطلة إذ رسول الله ﷺ نهى إلا أن يستأنفه الورثة الباقون هبتها له بعد محضة لا تجري فيها حكم الوصية. وهذا قول المزني.

والثاني: أنها موقوفة على إجازة الباقين من الورثة، كالوصية بما زاد على الثلث، فإن أجازها الباقون من الورثة: صحت، وإن ردوها رجعت ميراثاً وكان الموصى له به كأحدهم، يأخذ فرضه منها، وإن أجازها بعضهم وردها بعضهم صحت الوصية في حصة من أجازه، وكان الموصى له في الباقي منها وارثاً من رده. ثم هل تكون إجازتهم على هذا القول ابتداء عطية منهم أو إمضاء على قولين. وعلى كلا القولين لا تفتقر إلى بذل وقبول بخلاف القول الأول.

فصل: وأما الوصية للقاتل ففيها قولان:

أحدهما: وهو مذهب مالك أنها جائزة وإن لم يرث، كما تجوز الوصية للكافر وإن لم يرث، ولأنه تمليك يراعى فيه القبول، فلم يمنع منه القتل كالبيع.

وأما القول الثاني: وبه قال أبو حنيفة: الوصية باطلة لعموم قوله ﷺ: «ليس للقاتل وصية»، ولأنه مال يملك بالموت، فاقتضى أن يمنع منه القاتل كالميراث، على أن الميراث أقوى التمليكات، فلما منع منه القتل كان أولى أن يمنع من الوصية.

فإذا تقرر هذان القولان، فلا فرق أن يوصي له بعد جرحه إياه وجنايته عليه، وبين أن يوصي له قبل الجناية ثم يجني عليه فيقتله في أن الوصية على قولين.

ولكن لو قال الموصي، وليس بمجروح: قد وصيت بثلث مالي لم يقتلني فقتله رجل لم تصح الوصية قولاً واحداً لأمرين:

أحدهما: لأنها وصية عقد على معصية.

والثاني: أن فيها إغراء بقتله.

فإن وصى بثلثه لقاتل زيد، فإن كان قبل القتل، لم يجز لما ذكرنا وإن كان بعد قتله جاز، وكان القتل تعريفاً. وهكذا لو وهب في مرضه لقاتله هبة أو حاباه في بيع أو أبرأه من حق فكل ذلك على قولين، لأنها وصية له تعتبر من الثلث. وهكذا لو أعتق في مرضه عبداً فقتل العبد سيده، كان له في عقته قولان، لأن عتقه وصية له ولكن لو وهب هبة في صحته، أو أبرأ من حق، أو حابى في بيع، أو أعتق عبداً ثم إن الموهوب له قتل الواهب، والمبرأ قتل المشتري، والمحابا قتل المحابي، والعبد المعتق قتل سيده، كان ذلك كله نافذاً ماضياً؛ لأن فعله في الصحة يمنع من إجرائه مجرى الوصية. ولو جرح رجل رجلاً ثم إن المجروح وصى للجارح بوصية، ثم أجهز على الموصي آخر فذبحه جازت الوصية للجارح الأول، لأن الذابح الثاني صار قاتلاً ولو لم يكن الثاني قد ذبحه ولكن لو جرحه صار الثاني والأول قاتلين، فرد الوصية للأول على أحد القولين. وإذا قتل المدبر سيده، فإن قيل إن التدبير وصية، ففي بطلان عتقه قولان، لأنه يعتق من الثلث، ولو قتلت أم الولد سيدها بعد عتقها قولاً واحداً لأمرين:

أحدهما: أن عتقها مستحق من رأس المال.

والثاني: أن في استبقائها على حالها إضرار بالورثة لأنهم لا يقدرون على بيعها وخالف استيفاء رق المدبر للقدرة على البيعة، ثم ينظر في أم الولد إذا كان قتلها عمداً فإن لم يكن ولدها باقياً، قتلت قوداً، وإن كان باقياً، سقط القود عنها، لأن ولدها شريك للورثة في القود منها، وهو لا يستحق القود من أمه. فسقط حقه وإذا سقط القود عنها، في حق بعض الورثة سقط في حق الجميع، ولو أن رجلاً وصى لابن قاتله، أو لأبيه أو لزوجته ولو أوصى لعبد القاتل لم تجز في أحد القولين، لأنها وصية للقاتل.

ولو أقر رجل لقاتله دين، كان إقراره نافذاً قولاً واحداً، لأن الدين لازم وهو من رأس المال فخالف الوصايا، ولو كان للقاتل على المقتول دين مؤجل حلّ بموت المقتول، لأن الأجل حق لمن عليه الدين لا يورث عنه، وليس كالمال الموروث، إذا منع القاتل منه صار إلى الورثة، وسواء كان القتل في الوصية عمداً أو خطأ، كما أن الميراث يمنع منه قتل العمد والخطأ، فلو أجاز الورثة للقاتل، وقد منع منهما في أحد القولين، كان في إمضائها بإجازتهم وجهان من اختلاف قوليه في إمضائهم الوصية للوارث فإن قلنا: إن الوصية للوارث مردودة ولا تمضي بإجازتهم ردت الوصية للقاتل، ولم تمض بإجازتهم. وإن قلنا: إنه يمضي الوصية للوارث بإجازتهم أمضت الوصية للقاتل بإجازتهم. والأصح: إمضاء الوصية للوارث بالإجازة ورد الوصية للقاتل مع الإجازة، لأن حق الرد في الوصية إنما هو للوارث لما فيه من تفصيل الموصى له عليهم فجازت الوصية له بإجازتهم وحق الرد في الوصية للقاتل إنما هو للمقتول، لما فيه من حسم الذرائع المقتضية إلى قتل نفسه، فلم تصح الوصية بإجازتهم.

فصل: وأما الوصية للعبد، فإن كان لعبد نفسه لم يجز، لأنها وصية لورثته. وإن

كان لعبد غيره جاز وكانت وصية لسيده، وهل يصح قبول العبد لها بغير إذن سيده على وجهين:

أحدهما: تصح، كما يصح أن يملك والاحتشاش بالاصطياد من غير إذن.

والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: لا تصح، لأن السيد هو المملك.

فعلى الوجه الأول: لو قبلها السيد دون العبد، لم يجز، وعلى الوجه الثاني: يجوز. فأما إذا أوصى لمدبره فالوصية جائزة إذا خرج المدبر من الثلث، لأنه يملكها دون الورثة، لعتقه بموت السيد. ولو خرج بعضه من الثلث دون جميعه، صح من الوصية بقدر ما عتق منه، وبطل منه بقدر ما رق منه.

ولو وصى لمكاتبه. كانت الوصية جائزة، لأن المكاتب يملك، فإن عتق بالأداء فقد استقر استحقاقه لها، فإن كان قد أخذها قبل العتق وإلا أخذها بعده، وإن رق بالعجز نظر فإن لم يكن قد أخذها فهي مردودة، لأنه صار عبداً موروثاً، وإن كان قد أخذها ففيه وجهان:

أحدهما: ترد اعتباراً بالانتهاء في مصيره عبداً موروثاً.

والثاني: لا ترد، اعتباراً بالابتداء في كونه مكاتباً مالكاً.

فأما الوصية لأم ولده: فجائزة، سواء كان لها ولد وارث أو لم يكن، لأن عتقها بالموت أنفذ من عتق المدبر، ولا يمنع ميراث ابنها من إمضاء الوصية، لأن الوصية لأبي الوارث وابنه جائزة، وقد روي أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أوصى لأمهات أولاده.

فصل: وأما الوصية للكافر فجائزة، ذمياً كان أو حربياً.

وقال أبو حنيفة: الوصية للحربي باطلة، لأن الله تعالى أباح للمسلمين أموال المشركين، فلم يجز أن يبيع للمشركين أموال المسلمين. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يمنع شرك الذمي، لم يمنع شرك الحربي من الوصية، كالنكاح.

والثاني: أنه لما جازت الهبة للحربي وهو أمضى عطية من الوصية، كان أولى أن تجوز له الوصية، وسواء كان الموصي مسلماً، أو كافراً. فأما وصية المرتد فعلى ثلاثة أقسام. ذكرناها في كتاب الوقف:

أحدها: أن يوصي لمن يرتد عن الإسلام. فالوصية باطلة لعقدها على معصية.

والثاني: أن يوصي بها لمسلم فيرتد عن الإسلام بعد الوصية له. الوصية جائزة، لأنها وصية صادفت حال الإسلام.

والثالث: أن يوصي بها لمرتد معين ففي الوصية وجهان:

أحدهما: باطلة.

والثاني: جائزة.

فصل: فأما الوصية للميت: فإن ظنه الموصي حياً، فإذا هو ميت، فالوصية باطلة. وإن علمه ميتاً حين الوصية: فقد أجازها مالك وجعلها للورثة، لأن علمه بموته يصرف قصده إلى ورثته. وهذا فاسد، والوصية باطلة، لأنه لو وهب للميت مع علمه بموته كانت الهبة باطلة فكذلك الوصية أولى. والله أعلم.

فصل: وأما الوصية لمسجد، أو رباط، أو قنطرة، فجائزة، وتصرف في عمارته، لأنه لما انتفى الملك عن هذا كله توجهت الوصية إلى مصالحهم. وأما الوصية للبيع، والكنائس، فباطلة، لأنها مجمع معاصيهم. وكذلك الوصية بكتب التوراة والإنجيل، لتبديلها وتغييرها. وسواء كان الموصي مسلماً أو كافراً، وأجازها أبو حنيفة من الكافر دون المسلم، كما أجاز وصيته بالخمر والخنزير. وهذا فاسد لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ﴾ [المائدة: ٤٩].

وأما الفصل الثالث: من الموصى به.

فهو كل ما جاز الانتفاع به من مال ومنفعة، جازت الوصية به، وسواء كان المال عيناً، أو ديناً حاضراً، أو غائباً، معلوماً، أو مجهولاً، مشاعاً أو مفرزاً. ولا تجوز الوصية بما لا يجوز الانتفاع به. من عين أو منفعة كالخمر والخنزير والكلب غير المعلم. وهو مقدر بالثلث، وليس للموصي الزيادة عليه لقوله ﷺ لسعد: «الثلث، والثلث كثير» وأولى الأمرين به أن يعتبر حال ورثته، فإن كانوا فقراء، كان النقصان من الثلث أولى من استيعاب الثلث، وقد روي عن علي عليه السلام أنه قال: «لأن أوصي بالسدس أحب إلي من أن أوصي بالربع، والربع أحب إلي من الثلث[١] وإن كان ورثته أغنياء، وكان في ماله سعة، فاستيفاء الثلث أولى به».

وقد روي عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «الثلث وسط، لا بخس فيه ولا شطط»[٢]. ولو استوعب الثلث من قليل المال وكثيره، مع فقر الورثة، وغناهم، وصغرهم، وكبرهم، كانت وصية ممضاة به.

وأما الزيادة على الثلث: فهو ممنوع منها في قليل المال وكثيره؛ لأن النبي ﷺ منع سعداً من الزيادة عليه وقال: «الثلث، والثلث كثير». فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله، نُظر:

فإن كان له وارث: كانت الوصية موقوفة على إجازته ورده فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث. وإن أجازها صحت، ثم فيها قولان:

أحدهما: أن إجازة الورثة ابتداء: عطية منهم، لا تتم إلا بالقبض، وله الرجوع فيها ما لم يقبض. وإن مات قبل القبض بطلت كالهبة.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٥٧٦). (٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٥٧٢).

والقول الثاني: إجازة الورثة إمضاء لفعل الموصي، فلا تفتقر إلى قبض، وتتم بإجازة الوارث، وقبول الموصى له، ليس الرجوع بعد الإجازة، ولا تبطل الوصية بموته بعد إجازته، وقبل إقباضه.

فصل: وإن لم يكن للميت وارث، فأوصى بجميع ماله: ردت الوصية إلى الثلث والباقي لبيت المال وقال أبو حنيفة: وصيته إذا لم يكن له وارث نافذة في جميع ماله، لأن النبي ﷺ لما منع سعداً من الزيادة على الثلث قال: «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» فجعل المنع من الزيادة حقاً للورثة، فإذا لم يكن له وارث سقط المنع. وبما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «من لا وارث له وضع ماله حيث شاء» ولأن من جازت له الصدقة بجميع ماله، جازت وصيته بجميع ماله.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم، وزيادة في أعمالكم»[1]، ولأن الأنصاري أعتق ستة مملوكين له، لا مال له غيرهم، فجزأهم النبي ﷺ ثلاثة أجزاء، فأعتق اثنين، وأرق أربعة»[2] ولم يكن له وارث ولأنه لو كان له وارث، لوقف على إجازته، ولأن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثاً لأمرين:

أحدهما: أنه تخلف الورثة في استحقاق ماله.

والثاني: أنه يعقل عنه كورثته. فلما ردت وصيته مع الوارث إلى الثلث ردت إلى الثلث مع بيت المال، لأنه وارث، وقد تحرر منه قياسان:

أحدهما: أن كل جهة استحقت التركة بالوفاة، منعت من الوصية بجميع المال كالورثة.

والثاني: أن ما منع من الوصايا مع الورثة. منع منها مع بيت المال، كالديون فأما الجواب عن قوله ﷺ: «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة».

فهو أنه لم يجعل ذلك تعليلاً، لرد الزيادة على الثلث، ولو كان ذلك تعليلاً لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم، إذا لم يصيروا عالة يتكففون الناس، وإنما قاله صلة الكلام وتنبيهاً على الخط.

وأما قول ابن مسعود: يضع ماله حيث يشاء، فما له الثلث وحده. وله وضعه حيث شاء.

وأما الصدقة فهي كالوصية، إن كانت في الصحة أمضيت، مع وجود الوارث، وعدمه، وإن كانت في المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه.

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٤٤٠)، وابن ماجه (٢٧٠٩)، والدارقطني (٤/ ١٥٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٥٧١).

(٢) أخرجه مسلم (٥٦/ ١٦٦٨)، وأبو داود (٣٩٥٨)، والترمذي (١٣٦٤)، والنسائي (١٩٥٨)، وابن ماجه (٢٣٤٥)، وأحمد (٤/ ٤٢٢٨، ٤٤٥).

فصل: وتجوز الوصية بثلث ماله وإن لم يعلم قدره. واختلف أصحابنا هل يراعى ثلث ماله وقت الوصية أو عند الوفاة؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول مالك، وأكثر البغداديين، أنه يراعى ثلثه وقت الوصية ولا يدخل فيه ما حدث بعده من زيادة، لأنها عقد والعقود لا يعتبر بها ما بعد.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حنيفة وأكثر البصريين أن يراعى ثلث ماله وقت الموت، ويدخل فيه ما حدث قبله من زيادة، لأن الوصايا تملك بالموت فاعتبر بها وقت ملكها. فعلى هذين الوجهين: إن وصى بثلث ماله ولا مال له ثم أفاد مالاً قبل الموت، فعلى الوجه الأول تكون الوصية باطلة اعتباراً بحال الوصية. وعلى الوجه الثاني تكون الوصية صحيحة اعتباراً بحال الموت. وعلى هذين الوجهين: لو وصى بعبد من عبيده، وهو لا يملك عبداً، ثم ملك قبل الموت عبداً صحت الوصية إن اعتبر بها حال الموت، وبطلت، إن اعتبر بها حال القول. وعلى هذين الوجهين: لو وصى بثلث ماله، وله مال، فهلك ماله، وأفاد غيره، صحت الوصية في المال المستفاد إن اعتبر بها حال الوصية.

وأما الفصل الرابع: في الموصى إليه، فقد أفرد الشافعي للأوصياء باباً استوفى فيه أحكامهم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فِيمَا يُرْوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ قَوْلِهِ: «مَا حَقُّ امْرِيءٍ مُسْلِمٍ» يُحْتَمَلُ مَا الحَزْمُ لامْرِيءٍ مُسْلِمٍ «يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ» وَيُحْتَمَلُ مَا الْمَعْرُوفُ فِي الأَخْلَاقِ إِلَّا هَذَا لَا مِنْ جِهَةِ الفَرْضِ. قَالَ: فَإِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ وَلَا ابْنَ لَهُ غَيْرُهُ فَلَهُ النِّصْفُ فَإِنْ لَمْ يَجُزْ الابْنُ فَلَهُ الثُّلُثُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا كان للموصي ابن واحد، فوصى لرجل بمثل نصيب ابنه كانت وصيته بالنصف، وهو قول أبي حنيفة، وصاحبه فإن أجازها الابن، وإلا ردت إلى الثلث.

وقال مالك: وهي وصية بجميع المال. وهو قول زفر من الهذليين، وداود بن علي استدلالاً بأن نصيب ابنه إذا لم يكن له غيره، أخذ جميع المال فاقتضى أن تكون الوصية بمثل نصيبه وصية بجميع المال، ولأنه لما كان لو أوصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كان وصية بجميع ماله إجماعاً. وجب لو أوصى له بمثل نصيب ابنه أن يكون وصية بجميع المال حجاجاً. وهذا فاسد من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن نصيب الابن أصل، والوصية بمثله فرع، فلم يجز أن يكون الفرع رافعاً لحكم الأصل.

والثاني: أنه لو جعلنا الوصية بجميع المال لخرج أن يكون للابن نصيب، وإذا لم

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٩).

يكن للابن بطلت الوصية التي هي بمثله.

والثالث: أن الوصية بمثل نصيب الابن فوجب التسوية بين الموصى له وبين ابنه فإذا وجب ذلك كانا فيه نصفين وفي إعطائه الكل إبطاله للتسوية بين الموصى له وبين الابن. وأما الجواب عن قولهم: إن نصيب الابن كل المال فهو أن له الكل مع عدم الوصية وأما مع الوصية فلا يستحق الكل. وأما قوله وصيت لك بمثل ما كان نصيب ابني فيكون وصية بالكل، والفرق بينهما، أنه إذا قال بمثل نصيب ابني فقد جعل له مع الوصية نصيباً، فكذلك كانت بالكل.

فصل: فعلى هذا لو قال: قد وصيت له بنصيب ابني، فالذي عليه جمهور أصحابنا أن الوصية باطلة، وهو قول أبي حنيفة، لأنها وصية بما لا يملك، لأن نصيب الابن ملكه، لا ملك أبيه.

وقال بعض أصحابنا: الوصية جائزة: وهو قول مالك ويجري بها مجرى قوله بمثل نصيب ابني ولا ابن له فيجعلها وصية بالنصف وعند مالك بالكل ولو أوصى بمثل نصيب ابنه، ولا ابن له، كانت الوصية باطلة. وكذلك لو كان ابن قاتل أو كافر، لأنه لا نصيب له، والله أعلم بالصواب.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَلَدَيَّ فَلَهُ مَعَ الاثْنَيْنِ الثُّلُثُ وَمَعَ الثَّلَاثَةِ الرُّبُعُ حَتَّى يَكُونَ كَأَحَدِهِمْ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا أوصى وله أولاد ذكور لرجل بمثل نصيب أحدهم فللموصى له مع الاثنين الثلث، لأنه يصير كابن ثالث، ومع الثلاثة الربع؛ لأنه يصير كابن رابع، ومع الأربعة الخمس؛ لأنه يصير كابن خامس، ومع الخمسة السدس، ويصير كابن سادس. ثم كذلك ما زار ليصير كأحدهم، ولا يفضل عليهم. وعلى قول مالك يكون له مع الاثنين النصف ومع الثلاثة الثلث، ومع الأربعة الربع. وقد ذكرنا وجه فساده، مع ما فيه من تفصيل الموصى له على ابنه وهو إنما أوصى له بمثل نصيب أحدهم.

فصل: فلو كان له ثلاثة بنين، فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، والآخر بما بقي من ثلثه، زدت على عدد الفريضة مثل نصفها، وهي ثلاثة أسهم ليصح لك ثلثها، لأن كل عدد زدت عليه مثل نصفه خرج ثلثه، فإذا زدت على الثلاثة مثل نصفها، صارت أربعاً ونصفاً فليبسطها من جنس الكسر أيضاً فليخرج كسرها تكن تسعة، الثلثان منها ستة بين البنين الثلاثة لكل واحد منهم سهمان. والثلاث ثلاثة أسهم، للموصى له بمثل نصيب أحد بنيه سهمان، ويبقى سهم يكون للموصى له بباقي الثلث. ولو ترك أربعة بنين وأوصى

---

(١) انظر الأم (٣/١٥٩).

لرجل بمثل نصيب أحدهم، والآخر بما بقي من ثلثه، ردت على الأربعة مثل نصفها، تكن ستة، الثلثان منها أربعة بين البنين الأربعة لكل واحد منهم سهم، والثلث سهمان للموصى له بمثل أحدهم سهم، وللموصى له بباقي الثلث سهم.

فصل: ولو ترك خمسة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بما بقي من خمسة، زدت على الخمسة التي هي عدد فريضة البنين مثل ربعها ليصح خمسها؛ لأن كل عدد زدت عليه مثل ربعه كانت الزيادة خمس ما اجتمع من العددين. فعلى هذا: إذا زدت على الخمسة مثل ربعها كانت ستة وربعاً، فأبسطها من جنس الكسر أرباعها تكن خمسة وعشرين، أربعة أخماسها عشرون بين البنين الخمسة لكل واحد منهم أربعة، والخمس خمسة منها للموصى له بمثل نصيب أحدهم، أربعة وللموصى له بباقي الخمس سهم. ولو ترك ستة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، والآخر بما بقي من ربعه، زدت على الستة مثل ثلثها، وهو اثنان، تكن ثمانية، ثم أخذت ثلاثة أرباعها وهو ستة فجعلته للبنين الستة، لكل واحد منهم سهم، وربعها وهو سهمان جعلت منه للموصى به بمثل نصيب أحدهم سهماً وللموصى له بباقي الربع سهماً ثم على هذا.

فصل: ولو ترك ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بربع ماله وأجاز الورثة ذلك فخذ مالاً له ربع، وهو أربع فاعزل ربعه وهو واحد، ثم اقسم الثلاثة الباقية على أربعة، تكن حصة كل واحد ثلاثة أرباع، فأبسطها من جنس الكسر أرباعاً تكن ستة عشر، للموصى له بالربع أربعة تبقى اثني عشر على أربعة لكل ابن ثلاثة، وللموصى له ثلاثة ثم على هذا القياس.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ وَلَدُهُ رِجَالاً وَنِسَاءً أَعْطَيْتُهُ نَصِيبَ امْرَأَةٍ وَلَوْ كَانَتْ لَهُ ابْنَةٌ وَابْنَةُ ابْنٍ أَعْطَيْتُهُ سُدُساً».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا كان ولد الموصي عدداً من رجال ونساء. فإن كان ولده، رجالاً ونساء كما لو ترك ابنين، وبنتين، ثم وصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، فإن وصى له بمثل نصيب الابن: كان له الربع، وكأنه ابن ثالث مع ابنين، فإن وصى له بمثل نصيب البنت كان له السبع، وكأنه بنت ثالثة مع ابنين، وإن أطلق له الوصية بمثل نصيب أحدهم ولم يذكر ابناً، ولا بنتاً، أعطيته مثل نصيب البنت، لأنه اليقين ولا يعطه مثل نصيب الزوجة وإن كانت أقل ورثته نصيباً؛ لأنه قال: مثل نصيب إحدى ولدي، وليست الزوجة من ولده، ولكن لو قال مثل نصيب إحدى ورثتي أعطيته مثل نصيب الزوجة، إذا كانت أقل ورثته نصيباً كما لو ترك زوجة، وابنين وبنتاً، أصلها من ثمانية: للزوجة منها الثمن سهم واحد وللموصى له مثله، فتصير التركة بينهم على تسعة أسهم،

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٩).

للموصى له سهم، وللزوجة ثمن الباقي سهم وما بقي بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين. وتصح من تسعة وعشرين.

ولو ترك: بنتاً، وبنت ابن، وأخاً، ووصى لرجل بمثل نصيب أحدهم: كان له مثل نصيب بنت الابن، لأن الأقل، وهو السدس، فنصفه إلى فريضة الورثة، وهي ستة، تصير سبعة أسهم، يعطى للموصى له منها سهماً، وللبنت ثلاثة أسهم، وبنت الابن سهماً، وللأخ ما بقي وهو سهمان.

فلو ترك ثلاث زوجات، وابناً، وبنتاً، ووصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، ففريضة الورثة من أربعة وعشرين سهماً، للزوجات منها الثمن ثلاثة أسهم، وهو الأقل، فيجعل للموصى له مثل نصيب إحداهن، وهو سهم واحد، فضمه إلى الفريضة، وهو أربعة وعشرين، تصير خمسة وعشرين فتقسم التركة بين الموصى له وبين الورثة، على خمسة وعشرين سهماً، للموصى له منها سهم واحد.

فلو ترك بنتاً، وخمس بنات ابناً، وعماً، صحت فريضة الورثة من ثلاثين سهماً، لبنات الابن منها السدس خمسة أسهم، لكل واحدة منهم سهم، فلو وصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، أعطيته مثل نصيب واحدة من بنات الابن، وهو سهم؛ لأنه الأقل، وضممته إلى فريضة الورثة وهي ثلاثون تصير إحدى وثلاثين سهماً، فتقسم التركة بين الموصى له، وبين الورثة على أحد وثلاثين سهماً، منها للموصى له سهم، ليدخل نقص العول بسهم الوصية على جماعتهم، ثم على هذا القياس.

فصل: ولو ترك ثلاثة بنين، ووصى لرجل بمثل نصيب ابن رابع، لو كان فللموصى له الخمس؛ لأن له مع الأربعة الخمس، وتكون الأربعة أخماس بين البنين الثلاثة، وهي غير منقسمة، فتضرب ثلاثة في خمسة تكن خمسة عشر.

للموصى له بالخمس ثلاثة أسهم، ويبقى اثني عشر سهماً بين البنين الثلاثة لكل ابن أربعة.

ولو ترك ثلاثة بنين، ووصى لرجل بمثل نصيب ابن خامس لو كان، وبنت لو كانت: كان للموصى له، ثلاثة أسهم من أربعة عشر سهماً، وذلك سهم ابن وبنت من جملة ستة بنين وبنتين، ويبقى أحد عشر سهماً، تقسم بين البنين الثلاث، على ثلاثة، فاضرب ثلاثة في أربعة عشر تكن اثنين وأربعين سهماً، للموصى له تسعة أسهم، ويبقى ثلاثة وثلاثون سهماً، لكل ابن أحد عشر سهماً.

فصل آخر: فإذا ترك ثلاثة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بثلث ما يبقى من ثلثه. فوجه عملها بحساب الباب: أن تأخذ عدد البنين، وهو ثلاثة وتضم إليه نصيب أحدهم وهو واحد تصير أربعة، وتضرب به في مخرج الثلث وهو ثلاثة. تكن اثني عشر، ثم تلقى منه المثل، وهو واحد، يبقى أحد عشر، وهو ثلث المال، ثم تعرف قدر النصيب، بأن تضرب مخرج الثلث وهو ثلاثة، تكن تسعة، ثم تلقى منها المثل، وهو

واحد يبقى ثمانية، فهو نصيب، فيأخذه الموصى له بمثل نصيب أحدهم، ويبقى من الثلث ثلاثة فيدفع ثلثها، وهو واحد، إلى الموصى له بثلث، الباقي من الثلث، ويبقى من الثلث سهمان، تضمها إلى الثلثين وهو اثنان وعشرون تصير أربعة وعشرين تقسم بين البنين الثلاثة فيكون لكل واحد ثمانية مثل ما أخذه الموصى له بمثل نصيب أحدهم، وتصح من ثلاثة وثلاثين سهماً.

فصل آخر: فإذا ترك ثلاثة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما بقي من الثلاث فوجه عملها بالباب، أن تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة، وتضم إليه نصيب أحدهم، تكن أربعة ثم اضربها في مخرج الثلث ثلاثة، تكن اثني عشر، تزيد عليها واحداً، كما نقصت من الفصل الأول واحداً تصير ثلاثة عشر وهو ثلث المال، ثم تعرف قدر النصيب، بأن تضرب مخرج الثلث في مثله تكن تسعة، وتزيد عليها واحداً كما نقصت في الفصل الأول واحداً تكن عشرة، وهو النصيب، فتنقص منه ثلث الثلاث، وهو واحد يبقى تسعة، وهي سهام الموصى له، ثم تضم الباقي من الثلث، وهو أربعة إلى ثلثي المال، وهو ستة وعشرون تكن ثلاثين، تقسم بين البنين الثلاثة، لكل ابن عشرة، وتصح من تسعة وثلاثين.

فصل: وإذا ترك خمسة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بثلث ما بقي من ثلثه، وأوصى لأحد بنيه،أنه لا يدخل عليه ضيم فيما أوصى به ولا نقصان وأن يوفر عليه نصيبه، وهو الخمس فذلك موقوف على الإجازة من الورثة، وإن كان خارجاً من الثلث، لأن تفضيل أحد الورثة على الباقين وصية لوارث. وإذا كان كذلك وأجاز الوصية الورثة فوجه عملها بالباب أن تجعل الابن الذي وصى أن لا يدخل عليه ضيم، كالموصى له بالخمس، فتصير المسألة كأنه ترك أربعة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بثلث ما يبقى من ثلثه، ولآخر بخمس ماله فتأخذ عدداً تجمع مخرج الجميع من الوصايا وهو الخمس وثلث الباقي، وذلك خمسة وأربعون، مضروب خمسة في تسعة، ثم أعزل نصيب الابن الذي لا يدخل عليه ضيم، وهو سهم من خمسة يبقى أربعة، فاضربها في مخرج الوصايا وهو خمسة وأربعون تكن مائة وثمانين، ثم انظر سهم الموصى له بمثل نصيب أحدهم وهو واحداً، فاضربه في مخرج الوصايا تكن خمسة وأربعين، وانقص منه ثلثه وهو خمسة عشر، لأنه أوصى بثلث ما يبقى بعده ويبقى ثلاثون فزدها على مائة والثمانين تكن مائتين وعشرة، وهي سهام جميع المال.

فإذا أردت معرفة سهام النصيب، فانقص من مخرج الوصايا بثلث ثلثه وهو خمسة، وانقص منه خمس جميعه، وهو تسعة، يبقى منه بعد النقصانين أحد وثلاثون وهو نصيب كل ابن. فإذا أردت القسم فخذ ثلث المال، وهو سبعون فاعط منه الموصى له بمثل نصيب أحدهم، إحدى وثلاثين، يبقى من الثلث تسعة وثلاثون اعط منها الموصى له بثلث الباقي له من الثلث ثلثها، وهو ثلاثة عشرة واضمم الباقي، وهو ستة وعشرون إلى ثلثي

المال، وهو مائة وأربعون تصير مائة، وستة وستون، فاعط منها الابن الذي وصى له بأن لا يدخل عليه ضيم، خمس جميع المال الذي هو مائتان وعشرة يكن اثنين وأربعين وهو سهمين، ويبقى مائة وأربعة وعشرون تقسم بين البنين الأربعة، يكن لكل ابن أحد وثلاثون، وهو مثل ما أخذه الموصى له بمثل نصيب أحدهم. ثم على هذا القياس.

فصل: وإذا ترك الرجل زوجة، وابناً، وبنتاً، وأوصى لرجل بتكملة الثلث بنصيب الزوجة.

فوجه عملها بحساب الباب: أن تصحح الفريضة، وتسقط منها سهم ذوي التكملة ثم تزد على الباقي مثل نصفه، وتقسم سهام الفريضة بين أهلها فما بقي بعدها فهو للموصى له، فإذا صححت فريضة الزوجة والابن والبنت، كانت من أربعة وعشرين، فإذا ألغيت منها سهام الزوجة، وهي ثلاثة كان الباقي أحداً وعشرين، فإذا زدت عليها مثل نصفها لم يسلم فأضعف الأحد والعشرين يكن اثنين وأربعين فزد عليها مثل نصفها وهو أحد وعشرون تصير مائة وستين، ومنها تصح سهام الفريضة مع الوصية للزوجة منها ستة، وللابن ثمانية وعشرون، للبنت أربعة عشر، وللموصى له بتكملة الثلث بنصيب الزوجة خمسة عشر. وإذا ضممت إليها سهام الزوجة، وهي ستة، صار أحداً وعشرين، وذلك ثلث جميع المال. فلو كانت المسألة بحالها وأوصى لرجل بتكملة الثلث بنصيب البنت أسقطتها من سهام الفريضة وهي سبعة من أربعة وعشرين، يكن الباقي سبعة عشر، ثم زدت عليها مثل نصفها، وذلك غير سليم فأضعفه، ليسلم يكن أربعة وثلاثين، ونصفه سبعة عشر تكن إحدى وخمسين، ومنها تصح سهام الفريضة مع الوصية. منها للزوجة ستة، وللابن ثمانية وعشرون وللبنت أربعة عشر، وللموصى له بتكملة الثلث بنصيب البنت ثلاثة أسهم؛ لأنك إذا ضممتها إلى سهام البنت صارت سبعة عشر، وذلك ثلث جميع المال. ولو أوصى له بتكملة الثلث بنصيب الابن كانت الوصية باطلة، لأن سهام الابن أكثر من الثلث.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ قَالَ مِثْلَ نَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِي أَعْطَيْتُهُ مِثْلَ أَقَلِّهِمْ نَصِيباً».

قال في الحاوي: وهذا صحيح؛ لأن الوصايا لا يستحق فيها إلا اليقين، والأقل يقين، والزيادة عليه شك، فإن كان سهم الزوجة أقل، أعطيته مثل سهام الزوجة، وإن كان نصيب غيرها أقل من البنات، أو بنات الابن، أعطيته مثله. واعتبار ذلك باعتبار سهام كل واحد من الورثة من أصل فريضتهم، فتجعل للموصى له مثل سهام أقلهم، وتضمه إلى أصل الفريضة، ثم تقسم المال بين الموصى له والورثة على ما اجتمع معك من العددين، وقد بيناه.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٩، ١٦٠).

ولو وصى بمثل نصيب أكثرهم نصيباً، اعتبرته، وزدته على سهام الفريضة ثم قسمت ما اجتمع من العددين على ما وصفنا. فعلى هذا: لو اختلف الورثة فقال بعضهم، أراد مثل أقلنا نصيباً، وقال بعضهم: بل أراد مثل أكثرنا نصيباً، أعطيته من نصيب كل واحد من الفريقين حصته مما اعترف به. ومثاله: أن يكون الوراثة ابنين، وبنتين، فيقول الابنان: وصى لك بمثل نصيب ذكر، وتقول البنتان: وصى لك بمثل نصيب أنثى.

فوجه العمل أن يقال: لو أراد ذكراً لكان المال مقسوماً، على ثمانية أسهم فريضة ثلاثة بنين، وبنتين، فيكون لكل ابن سهمان، ولكل بنت سهم، وللموصى له بمثل نصيب الذكر سهمان، وإن أراد أنثى كان المال مقسوماً على سبعة أسهم، فريضة ذكرين وثلاث بنات فيكون لكل ابن سهمان، ولكل بنت سهم، وللموصى له بمثل نصيب أنثى سهم. فاضرب سبعة في ثمانية، تكن ستة وخمسين. للبنتين سبعاها: ستة عشر سهماً، وللموصى له على أن له مثل نصيب أنثى: السبع ثمانية أسهم وعلى أن له مثل نصيب ذكر الربع، أربعة عشر سهماً، فيكون له اثني عشر وللابنين لو لم يعترفا له بمثل نصيب ذكر أربعة أسباع المال اثنان وثلاثون سهماً، ولهما عند اعترافهما له بنصيب ذكر أربعة أثمان المال، ثمانية وعشرون سهماً.

فيرد الابنان ما بين نصيبهما، وهو أربعة أسهم على الموصى له ليأخذه مع ما حصل له من الأسهم الثمانية، فيصير له اثني عشر سهماً، وللبنتين ستة عشر سهماً، وللابنين ثمانية وعشرون سهماً ويرجع بالاختصار إلى نصفها، ثم على هذا القياس.

فصل: ولو ترك ابناً، وبنتاً، وأوصى لرجل بمثل نصيب الابن، ولآخر بمثل نصيب البنت فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يوصي بمثل نصيب البنت قبل دخول الوصية عليها.

والثاني: أن يكون بعد دخول الوصية عليها، فعلى هذا يكون للموصى له بمثل نصيب الابن ربع المال، وللموصى له بمثل نصيب البنت قبل دخول الوصية عليها خمس المال، فتصير الوصيتان بخمس المال وربعه، فتوقف على إجازتهما.

والضرب الثاني: أن يريد بمثل نصيب البنت بعد دخول الوصية عليها، فعلى هذا يكون للموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال وللموصى له بمثل نصيب البنت سدس المال فتصير الوصيتان بخمس المال وسدسه، فتوقف على إجازتهما ولو ابتدىء فوصى لرجل بمثل نصيب البنت، ولآخر بمثل نصيب الابن، فإن أراد قبول دخول الوصية عليه كان له خمسا المال وإن أراد بعد دخول الوصية، كان له ثلث المال... ثم على هذا القياس.

فصل: ولو ترك بنتاً، وأختاً، وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فقد اختلف أصحابنا في قدر ما يستحقه الموصى له على وجهين:

أحدهما: له الربع نصف حصة البنت، لأنه لما تستحق مع الابن الواحد إذا أوصى

له بمثل نصيبه النصف، لأنه نصف نصيب الابن، وجب أن يستحق مع البنت الواحدة النصف من النصف، لأنه نصف نصيبها.

والوجه الثاني: وهو أصح له الثلث، لأنه يصير مع البنت الواحدة، كبنت ثانية، كما يصير مع الابن الواحد كابن ثان وللواحدة من البنتين الثلث وكذلك للموصى له بمثل نصيب البنت الواحدة الثلث. وعلى هذا: لو أوصى بمثل نصيب أخت مع عم، كان فيما يستحقه بالوصية وجهان: وهكذا: لو لم يرث مع البنت والأخت غيرها، لأن لكل واحدة منهما لو انفردت النصف، والباقي لبيت المال. فعلى هذا: لو وصى بمثل نصيب أخ لأم، فله في أحد الوجهين نصف السدس، وفي الآخر السدس والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ قَالَ ضِعْفَ مَا يُصِيبُ أَحَدُ وَلَدَيَّ أَعْطَيْتُهُ مِثْلَهُ مَرَّتَيْنِ. وَإِنْ قَالَ: ضِعْفَيْنِ، فَإِنْ كَانَ نَصِيبُهُ مِائَةً أَعْطَيْتُهُ ثُلْثُمَائَةٍ فَكُنْتُ قَدْ أَضْعَفْتُ المِائَةَ الَّتِي تُصِيبُهُ بِمَنْزَلَةِ مَرَّةٍ بَعْدَ مَرَّةٍ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا وصى لرجل بمثل ضعف نصيب أحد أولاده، كان الضعف مثل أحد النصيبين. فإن كان نصيب الابن مائة كان للموصى له بالضعف مائتين، وبه قال جمهور الفقهاء وبه قال الفراء، وأكثر أهل اللغة.

وقال مالك: الضعف مثل واحد، فسوى بين المثل والضعف. وبه قال من أهل اللغة أبو عبيدة معمر بن المثنى استدلالاً بقوله تعالى: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِۚ﴾ [الأحزاب: ٣٠] فلما أراد بالضعفين مثلين، علم أن الضعف الواحد مثل واحد. واستدلوا على أن المراد بضعفي العذاب مثليه بأنه لا يجوز أن يعاقب على السيئة بأكثر مما يجازى على الحسنة.

وقال الله تعالى في نساء النبي: ﴿وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتَعْمَلْ صَٰلِحًا نُّؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣١] فعلم أن ما جعله من ضعف العذاب على السيئة مرتين، فدل على أن الضعف والمثل واحد والدليل على أن الضعف مثلان هو اختلاف الأسماء توجب اختلاف المسمى إلا ما خص بدليل، ولأن الضعف أعم في اللغة من المثل، فلم يجز أن يسوي بينه وبين المثل. ولأن انشقاق الضعف من المضاعفة، والتنبيه من قولهم أضعف الثوب إذا طويته بطاقتين ونرجس مضاعف: إذا كان موضع كل طاقة، طاقتين ومكان كل ورقة، ورقتين فاقتضى أن يكون الضعف مثلين. وقد روي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب، أي أخذ مكان الصدقة صدقتين، ويدل عليه قول الشاعر عبد الله بن عامر:

وَأَضْعَفَ عَبْدُ اللَّهِ إِذَا كَانَ حَظُّهُ ... عَلَى حَظِّ لَهْفَانَ مِنَ الخَرْصِ فَاغِرُ

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٠).

أراد به إعطائه مثلي جائزة اللهفان. فأما الآية: فعنها جوابان:

أحدهما: ما قاله أبو العباس عن الأثرم عن بعض المفسرين أنه جعل عذابهن إذا أتين بفاحشة ثلاثة أماثل عذاب غيرهن فلم يكن فيه دليل.

والثاني: أن الضعف قد يستعمل في موضع المثل مجازاً، إذا صرفه الدليل عن حقيقته. وليست الأحكام معلقة بالمجاز وإنما تتعلق بالحقائق.

فصل: فأما إذا أوصى له بضعفي نصيب ابنه، فقد اختلفوا فيه على ثلاثة مذاهب:

أحدهما: وهو مذهب مالك، أن له مثلي نصيبه، لأنه جعل الضعف مثلاً فجعل الضعفين مثلين.

والمذهب الثاني: وهو مذهب أبي ثور أنه له أربعة أمثال نصيبه، لأنه لما استحق بالضعف مثلين، استحق بالضعفين أربعة أمثال.

والمذهب الثالث: وهو مذهب الشافعي، وجمهور الفقهاء، أن له بالضعفين ثلاثة أمثال نصيبه. فإذا كان نصيب الابن مائة استحق بالضعفين ثلاثمائة؛ لأنه لما أخذ بالضعف سهم الابن ومثله حتى استحق مثليه وجب أن يأخذ بالضعفين بسهم الابن ومثليه فيستحق به ثلاثة أمثاله، فعلى هذا: لو أوصى له ثلاثة أضعام نصيب ابنه استحق أربعة أمثاله، وبأربعة أضعافه: خمسة أمثاله. وكذلك فيما زاد، والله أعلم بالصواب.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ لِفُلَانٍ نَصِيبٌ أَوْ حَظٌّ أَوْ قَلِيلٌ أَوْ كَثِيرٌ مِنْ مَالِي مَا عَرَفْتُ لِكَثِيرٍ حَدًّا وَوَجَدْتُ رُبُعَ دِينَارٍ قَلِيلاً تُقْطَعُ فِيهِ الْيَدُ وَمِائَتَي دِرْهَم كَثِيراً فِيهَا زَكَاةٌ وَكُلُّ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ اسْمُ قَلِيلٍ وَقَعَ عَلَيْهِ اسْمُ كَثِيرٍ وَقِيلَ لِلْوَرَثَةِ أَعْطُوهُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ مَا قَالَ الْمَيِّتُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا أوصى لرجل بنصيب من ماله، أو حظ، أو قسط، أو قليل أو كثير ولم يجد ذلك بشيء فالوصية جائزة ويرجع في بيانها إلى الورثة فما بينوه من شيء كان قولهم فيه مقبولاً فإن ادعى الموصى له أكثر منه أحلفهم عليه، لأن هذه الأسماء كلها لا تختص في اللغة، ولا في الشرع، ولا في العرف بمقدار معلوم، ولا لاستعمالها في القليل والكثير حد، لأن الشيء قد يكون قليلاً إذا أضيف إلى ما هو أكثر منه، ويكون كثيراً إذا أضيف إلى ما هو أقل منه.

وحكي عن عطاء، وعكرمة أن الوصية بما ليس بمعلوم من الحظ والنصيب باطلة للجهل بها. وهذا فاسد: لأن الجهل بالوصايا لا يمنع من جوازها ألا ترى أنه لو أوصى بثلث ماله وهو لا يعلم قدره جازت الوصية مع الجهل بها. وقد أوصى أنس بن مالك لثابت البناني بمثل نصيب أحد ولده.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٠).

فصل: فأما إذا أوصى له بسهم من ماله، فقد اختلف الناس فيه فحكي عن ابن مسعود والحسن البصري، وإياس بن معاوية، وسفيان الثوري وأحمد بن حنبل أن له سدس المال. وقال شريح: يدفع له سهم واحد من سهام الفريضة. وقال أبو حنيفة: يدفع إليه مثل نصيب أقل الورثة نصيباً، ما لم يجاوز السدس، فإن جاوزه أعطي السدس. وقال أبو يوسف، ومحمد: يعطى نصيب أقلهم مثل نصيباً ما لم يجاوز الثلث، فإن جاوزه، أعطي الثلث. وقال أبو ثور: أعطيته سهماً من أربعة وعشرين سهماً. وقال الشافعي: السهم اسم عام لا يختص بقدر محدود لانطلاقه على القليل والكثير، كالحظ والنصيب، فيرجع إلى بيان الوارث. فإن قيل: فقد روى ابن مسعود: أن النبي ﷺ فرض لرجل أوصى له سهماً سدساً. قيل: هي قضية في عين، يحتمل أن تكون البينة قامت بالسدس واعترف به الورثة. وإذا ثبت أنه يرجع فيه إلى بيان الورثة قبل منهم ما بينوه، من قليل أو كثير، فإن نوزعوا، أحلفوا فإن لم يبينوا لم يخل حالهم من أن يكون عندهم بيان، أو لا يكون فإن لم يكن عندهم بيان: رجع إلى بيان الموصى له. فإن نوزع حلف. وإن لم يكن عند الموصى له بيان وقف الثلث على ما يكون من بيان أحدهما، وتصرف الورثة في الثلثين، وإن كان عندهم بيان، فأبوا أن يبينوه ففيه وجهان من اختلاف قوليه فيمن أقر بمجمل وامتنع أو يبين أحدهما: يحبس الوارث حتى يبين.

والثاني: يرجع إلى بيان الموصى له والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ تَعَالَى: «وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ وِلآخَرَ بِنِصْفِهِ وَلآخَرَ بِرُبُعِهِ فَلَمْ تَجِز الوَرَثَةُ قَسْمَ الثُّلُثِ عَلَى الحِصَصِ وَإِنْ أَجَازوا قَسْمَ المَالِ عَلَى ثَلاثَةَ عَشَرَ جُزْءاً لِصَاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةٌ وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ أَرْبَعَةٌ، وَلِصَاحِبِ الرُّبُعِ ثَلاثَةٌ حَتَّى يَكُونُوا سَوَاءً فِي العَوْلِ».

قال في الحاوي: وصورتها في رجل أوصى لرجل بنصف ماله، ولآخر بثلثه، ولآخر بربعه.

فقد عالت المسألة على كل حاله فلا يخلو حال ورثته من ثلاثة أحوال أما أن يجيزوا جميعاً، أو لا يجيزوا جميعاً، أو يجيز بعضهم، ويرد بعضهم فإن أجازوا جميعاً: قسم المال بينهم على قدر وصاياهم، وأصلها من اثني عشر، لاجتماع الثلث والربع، وتعول بسهم، وتصح من ثلاثة عشر، لصاحب النصف ستة أسهم ولصاحب الثلث أربعة أسهم، ولصاحب الربع ثلاثة أسهم. وكان النقص بسهم العول داخلاً على جميعهم، كالمواريث وهذا متفق عليه، لم يخالف أبو حنيفة ولا غيره فيه، والله أعلم.

فصل: وإن رد الورثة الوصايا بكل المال رجعت إلى الثلث، وكان الثلث مقسوماً

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٠، ١٦١).

بينهم بالحصص على ثلاثة عشر سهماً، كما اقتسموا كل المال مع الإجازة. فيكون لصاحب النصف ستة أسهم، ولصاحب الثلث أربعة أسهم، ولصاحب الربع ثلاثة أسهم. وبه قال الشافعي، ومالك، وأبو يوسف، ومحمد، وأحمد، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: أرد من وصية صاحب النصف ما زاد على الثلث، يستوي في الوصية صاحب الثلث، وصاحب النصف، ويكون الثلث مقسوماً بينهم على أحد عشر سهماً. لصاحب النصف أربعة، ولصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه لا يملك الزيادة على الثلث، لاستحقاق الورثة لها، فيبطل حكمها وصار كمن وصى بماله ومال غيره، تمضي الوصية في ماله، وترد في مال غيره.

والثاني: أن الزيادة على الثلث تضمنت تقديراً وتفصيلاً، فلما بطل التقدير، بطل التفصيل. وتحريره: أنه أحد مقصودي الزيادة، فوجب أن يبطل كالتقدير.

ودليلنا: هو أنه لما قصد تفضيلهم في كل المال، قصد تفضيلهم في كل جزء منه قياساً على الغرماء. ولأنهم تفاضلوا في الوصية، فوجب أن يتفاضلوا في العطية قياساً على صاحب الثلث والربع، ولأنهم يأخذون المال على التفاضل عند الكمال، فوجب أن يأخذوه على التفاضل عند العجز قياساً على صاحب الثلث والربع، ولأن كل شخصين جعل المال بينهما على التفاضل، لزم عند ضيق المال، أن يتقاسماه على التفاضل كالعول في الفرائض، ولأنه لو كانت الوصية بالنصف والثلث مالاً والرد مقدر كمن أوصى لزيد بألف درهم هي ثلث ماله، ولعمرو بألف وخمسمائة، هي نصف ماله، لتفاضلا مع الإجازة والرد، فوجب إذا كانت الوصية بالنصف والثلث مطلقاً أن يتفاضلا مع الإجازة والرد. ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان:

أحدهما: أن ما تفاضلا فيه مع التقدير يتفاضلان فيه مع الإطلاق كالإجازة.

والثاني: أن ما تفاضلا فيه مع الإجازة تفاضلا فيه مع الرد كالمقدر.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الوصية بما زاد لا يملكها فصارت في حق غيره: فهو أن الرد وإن استحق فليس بمستحق في واحد دون غيره وسواء على الورثة انصراف الثلث إلى أهل الوصايا على استواء، أو تفاضل فيبطل حقهم فيه، ويرجع إلى قصد الموصل فيه. وقولهم: إن الزيادة على الثلث قد تضمنت تقديراً وتفضيلاً، فيقال: ليس بطلان أحدهما موجباً لبطلان الآخر، ألا ترى أن كل النصف يعد الثلث زيادة على الثلث ولو لزم ما قالوا، لبطلت وصية صاحب النصف بأسرها. فلما لم تبطل بالرد إلى الثلث، لم يبطل حكم التفضيل بالرد إلى الثلث، والله أعلم.

فصل: وأما إذا أجاز الورثة الوصية لبعضهم وردوها لبعضهم مثل أن يجيزوا صاحب الثلث ويردوا صاحب النصف والربع، فتقسم الوصايا من تسعة وثلاثين سهماً، لأنها أقل ما ينقسم ثلاثة على ثلاثة عشر، فيعطى صاحب النصف ستة أسهم من ثلاثة

عشر من الثلث، فيكون ثلاثة من تسعة وثلاثين. ويعطى صاحب الربع ثلاثة أسهم من ثلاثة عشر من الثلث فتكون ثلاثة من تسعة وثلاثين.

وأما صاحب الثلث ففيه وجهان:

أحدهما: أنك تعطيه ثلث جميع المال، مع دخول العول عليه، كالذي كان يأخذه، لو وقعت الإجازة لجميعهم فعلى هذا يأخذ أربعة أسهم من ثلاثة عشر من جميع المال فيكون ذلك اثنا عشر سهماً من تسعة وثلاثين.

والوجه الثاني: أنه يأخذ ثلث جميع المال كاملاً من غير عول، لأنه إنما أخذ الثلث عائلاً مع عدم الإجازة لجميعهم لضيق المال عن سهامهم وإذا أجازوا ذلك لبعضهم، اتسع المال لتكمل سهم من أجيز له منهم. فعلى هذا يأخذ ثلاثة عشر من تسعة وثلاثين، ثم على هذا القياس ولو أجيز لصاحب النصف وحده، أو لصاحب الربع وحده، أو لهما أو أحدهما مع صاحب الثلث.

فصل: ولو أوصى لرجل بجميع ماله، ولآخر بثلث ماله وأجاز الورثة ذلك لهما كان المال مقسوماً بينهما على أربعة أسهم، لأنه مال وثلث، يكون أربعة أثلاث، فيكون لصاحب المال ثلاثة أسهم، ولصاحب الثلث سهم.

وقال داود: يكون لصاحب المال ثلثا المال، ولصاحب الثلث جميع ثلث المال.

قال: لأنه لما أوصى بالثلث بعد الكل، كان رجوعاً عن ثلث الكل وبنى ذلك على أصله في إبطال العول. وهذا أصل قد تقدم الكلام معه فيه فلو رد الورثة ذلك. كان الثلث مقسوماً بينهما على أربعة أسهم لصاحب المال ثلاثة أسهم، ولصاحب الثلث سهم.

وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفين، إبطالاً لما زاد على الثلث عند الرد وقد تقدم الكلام معه فلو أجاز الورثة لصاحب الثلث، وردوا صاحب الكل، كان لصاحب الكل ثلاثة أسهم من أربعة من الثلث، فيكون له ثلاثة أسهم من اثني عشر سهماً.

وأما صاحب الثلث فعلى وجهين:

أحدهما: يكمل له سهمه مع العول: فعلى هذا يأخذ ثلاثة أسهم من اثني عشر سهماً، ويبقى منها بعد الوصيتين ستة أسهم ترجع على الوارث.

والوجه الثاني: يكون له الثلث مع غير عول، فعلى هذا يأخذ أربعة أسهم، ويبقى بعد الوصيتين خمسة ترجع على الوارث.

فلو أجاز الورثة لصاحب الكل، وردوا لصاحب الثلث: أخذ صاحب الثلث سهماً من اثني عشر فإن أعيل سهم صاحب الكل مع الإجازة له أخذ تسعة أسهم ويبقى بعد الوصيتين سهمان للوارث فإن أكمل سهمه من غير عول، أخذ جميع الباقي وهو أحد عشر سهماً، وهو دون الكل بسهم زاحمه فيه صاحب الثلث ولم يبق للوارث شيء وبالله التوفيق.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -: «وَلَوْ أَوْصَى بِغُلَامِهِ لِرَجُلٍ وَهُوَ يُسَاوِي خَمْسِمِائَةٍ وَبِدَارِهِ لآخَرَ وَهِيَ تُسَاوِي أَلْفاً وَبِخَمْسِمِائَةٍ لآخَرَ وَالثُّلُثُ أَلْفٌ دَخَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَوْلُ نِصْفٍ وَكَانَ لِلَّذِي لَهُ الغُلَامُ نِصْفُهُ وَلِلَّذِي لَهُ الدَّارُ نِصْفُهَا وَلِلَّذِي لَهُ خَمْسِمِائَةٍ نِصْفُهَا».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا ضاق الثلث عن الوصايا، فللورثة حالتان: حالة يجيزون، وحالة يردون، فإن ردوا: قسم الثلث بين أهل الوصايا، بالحصص، وتستوي فيه الوصية بالمعين والمقدر.

وحكي عن أبي حنيفة: أن الوصية بالمعين، مقدمة على الوصية بالمقدر استدلالاً بأن القدر يتعلق بالذمة فإذا ضاق الثلث فيها زال تعلقها بالذمة، وهذا غير صحيح، لأن محل الوصايا في التركة سواء ضاق الثلث عنها أو اتسع لها، فاقتضى أن يستوي المعين والمقدر مع ضيق الثلث، كما يستويان مع اتساعه؛ ولأن الوصية بالمقدر أثبت من الوصية بالمعين، ولأن المعين إن تلف بطلت الوصية به والمقدر إن تلف بعض المال: لم تبطل الوصية.

فإذا تقرر استواء المعين، والمقدر مع ضيق الثلث عنهما: وجب أن يكون عجز الثلث داخلاً على أهل الوصايا بالحصص. فإذا أوصى بعبده لرجل، وقيمته خمسمائة درهم، وبداره الآخر وقيمتها ألف درهم وبخمسمائة لآخر، فوصاياه الثلاثة كلها تكون ألفي درهم. فإن كان الثلث ألفين فصاعداً، فلا عجز، وهي ممضاة.

وإن كان الثلث ألف درهم، فقد عجز الثلث عن نصفها، فوجب أن يدخل القول على جميعها، ويأخذ كل موصى له بشيء نصفه، فيعطى الموصي الموصى له بالعبد نصفه وذلك مائتا درهم وخمسون درهماً. ويعطى الموصى له بالدار نصفها وذلك خمسمائة. ويعطى الموصى له بالخمسمائة نصفها وذلك مائتا درهم وخمسون درهماً. صار جميع ذلك ألف درهم.

وعلى قول أبي حنيفة: تسقط الوصية بالخمسمائة المقدرة، ويجعل الثلث بين الموصى له بالعبد والدار، فيأخذ كل واحد منهما ثلثي وصيته لدخول العجز بالثلث عليهما. فلو كان الثلث في هذه الوصايا خمسمائة درهم فهو ربع الوصايا الثلاث. فيعطى كل واحد ربع ما جعل له.

ولو كان الثلث ألفاً وخمسمائة، فيجعل لكل واحد منهم ثلاثة أرباع وصيته ثم على هذا القياس والله أعلم.

فصل: وإن أجاز الورثة الوصايا كلها مع ضيق الثلث عنها، ودخول العجز بالنصف

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦١).

عليها ففي إجازتهم قولان:

أحدهما: أن إجازتهم ابتداء عطية منهم لأمرين:

أحدهما: أن ما زاد على الثلث منهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

والثاني: أنهم لما كانوا بالمنع مالكين لما منعوه، وجب أن يكونوا بالإجازة معطين لما أجازوه.

فعلى هذا: قد ملك أهل الوصايا نصفها بالوصية لاحتمال الثلث لها ولا يفتقر تمليكهم لها إلى قبض. ونصفها بالعطية، لعجز الثلث عنها ولا يتم ملكهم إلا بقبض.

القول الثاني: وهو أصح، وبه قال أبو حنيفة: أن إجازة الورثة تنفيذ وإمضاء لفعل الميت، وأن ذلك مملوك بالوصية دون العطية لأمرين:

أحدهما: أن ما استحقوه بالخيار في عقود الميت لا يكون الورثة بالإمضاء لها عاقدين كالمشتري سلعة إذا وجد وارثه بها عيباً فأمضى الشراء ولم يفسخه: كان تنفيذاً ولم يكن عقداً، فكذلك خياره في إجازة الوصية.

والثاني: أن لهم رد ما زاد على الثلث في حقوق أنفسهم، فإذا أجازوه سقطت حقوقهم منه، فصار الثلث وما زاد وعليه سواء في لزومه لهم فإذا استوى الحكم في الجميع مع اللزوم: اقتضى أن يكون جميعه وصية لا عطية فعلى هذا: يلزمهم نصف الوصايا بالوصية من غير إجازة لاحتمال الثلث لها. ونصفها بالإجازة بعد الوصية من غير قبض يعتبر، ولا رجوع يسوغ.

فصل: وأما العطايا في المرض: فهي مقدمة على الوصايا إذا ضاق الثلث عنها، لأن تلك ناجزة، وهذه موقوفة، فلو ضاق الثلث عن عطايا المرصد قدم الأسبق فالأسبق. ولو ضاق الثلث عن الوصايا: لم يقدم الأسبق، لأن عطايا المرض تملك بالقبض المترتب، فثبت حكم المتقدم، والوصايا كلها تملك بالموت فاستوى فيها حكم المتقدم والمتأخر إلا إن رتبها الموصي فيمضي على ترتيبه ما لم يتخلل الوصايا عتق. فإن تخللها عتق فإن كان واجباً في كفارة أو نذر قدم على وصايا التطوع، وإن كان تطوعاً ففيه قولان:

أحدهما: أن العتق مقدم على جميع الوصايا لقوته بالسراية في غير الملك وبه قال من الصحابة: عبد الله بن عمر، ومن التابعين شريح والحسن، ومن الفقهاء: مالك والثوري.

والقول الثاني: أن العتق والوصايا كلها سواء في مزاحمة الثلث؛ لأن جميعها تطوع. وبه قال من التابعين: ابن سيرين، والشعبي ومن الفقهاء: أبو ثور.

فصل[١]: ولو أوصى رجل أن يشتري عبد زيد بألف درهم وأن يعتق عليه فاشتراه

---

(١) انظر الأم (٤/ ٣١).

الموصي بخمسمائة، وأعتق عنه، والبائع غير عالم فقد اختلف الناس في الخمس مائة الباقية من الألف: فحكي عن سفيان الثوري: أنها تدفع إلى البائع، وجعلها وصية له. فحكي عن أحمد بن حنبل: أنها تدفع إلى الورثة وجعلها تركة. وحكي عن إسحاق بن راهويه أنها تصرف في العتق، وجعلها وصية له، ومذهب الشافعي أنه ينظر قيمة عبد زيد الموصى له بشرائه وعتقه فإن كان يساوي ألفاً فليس فيها وصية فيعود الباقي من ثمنه إلى الورثة. وإن كان يساوي خمسمائة عاد الباقي إلى زيد البائع، لأنها وصية له وإن كان يساوي سبعمائة. فالوصية منها بثلاثمائة درهم، فتدفع إلى البائع؛ وترد المائتان على الورثة ميراثاً.

فصل[1]: وإذا أوصى بعتق أمه على أنها لا تتزوج، أعتقت على هذا الشرط، فإن تزوجت لم يبطل العتق، ولا النكاح. ووجب الرجوع عليها بقيمتها ولا يعود ميراثاً؛ لأن عدم الشرط منع من إمضاء الوصية، ونفوذ العتق يمنع من الرجوع فيه. فلو طلقها الزوج لم يستحق استرجاع القيمة، لأن شرط الوصية قد عدم بتزويجها وإن طلقت، فإن أوصى لأم ولده بألف درهم على أن لا تتزوج وأعطيت الألف على هذا الشرط، فإن تزوجت استرجعت الألف منها بخلاف العتق؛ لأن استرجاع المال ممكن، واسترجاع العتق غير ممكن.

فرع[2]:

وإذا أوصى بعتق عبد، فاشترى الوصي أبا نفسه فأعتقه عن الموصي: أجزأ سواء كان العتق تطوعاً، أو واجباً.

ولو اشترى أبا الموصي فأعتقه: فإن كان عن واجب لم يجزىء وإن كان تطوعاً أجزأ.

فصل[3]: ولو أوصى رجل بعبده لرجل، وقيمته مائة درهم، وبسدس ماله لآخر، وماله خمسمائة درهم. فقد حكي عن ابن سريج فيها قولين:

أحدهما: أن العبد بين الموصى له بالعبد وبين الموصى له بالسدس على سبعة أسهم. ، لأن السدس إذا انضم إلى الكل صار سبعة يأخذ الموصى له بالعبد ستة أسباعه، ويأخذ الموصى له بالسدس سبعة ثم يعود صاحب السدس إلى الأربعمائة الباقية من المال فيأخذ سدسها، وذلك ستة وستون درهماً، وثلثا درهم، إذا ضمت إلى قيمة العبد، وهي مائة درهم، صار الجميع مائة درهم وستة وستون درهماً وثلثي درهم. وهي ثلث جميع المال من غير زيادة ولا نقصان.

والقول الثاني: أن خمسة أسداس العبد يختص بها الموصى له بالعبد، لأنه لم

---

(١) انظر الأم (٤/ ٣١).
(٢) انظر الأم (٤/ ٣٠).
(٣) انظر الأم (٤/ ٣١).

يوص به لغيره، والسدس الباقي يكون بين الموصى له بالعبد، والموصى له بالسدس نصفين، لأنه موصى به لهما، فيصير العبد بينهما اثني عشر سهماً، للموصى له بالعبد منها أحد عشر سهماً، وللموصى له بالسدس سهم، ثم يعود صاحب السدس فيأخذ سدس الأربعمائة الباقية. وذلك تمام ثلث جميع المال. ولكل من القولين وجه، والأول أشبه.

فصل(١): ولو أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بفرس قيمته سوى الفرس ألفي درهم فالوصيتان تزيد على الثلث بمثل ثلثيه، لأن المال ثلاثة آلاف درهم، والوصيتان بفرس قيمته ألف درهم، وبثلث الألفين وهو درهم وستة وستون درهماً، وثلثا درهم.

فإذا أسقطت الزيادة على الثلث، عند رد الورثة، سقط خمسا الوصيتين ورجعت إلى ثلاثة أخماسه، لأن الألف منها ثلاثة أخماسها، ثم في قسمة ذلك بين صاحب الفرس والثلث قولان على ما حكاه ابن سريج:

أحدهما: وهو الأولى منهما: أن ثلاثة أخماس الفرس مقسومة بين صاحب الثلث، وصاحب الفرس على أربعة أسهم لصاحب الفرس ثلاثة أسهم، ولصاحب الثلث سهم فيصير الفرس مقسوماً على عشرين سهماً منها لصاحب الفرس: تسعة أسهم، وذلك أربعة أعشاره ونصف عشرة، وقيمة ذلك أربعمائة وخمسون درهماً ولصاحب الثلث ثلاثة أسهم، وذلك عشرة ونصف عشرة، وقيمة ذلك مائة وخمسون درهماً ثم يأخذ صاحب الثلث ثلث ثلاثة أخماس الألفين، وذلك أربعمائة درهم فيصير مع صاحب الثلث خمسمائة وخمسون درهماً من الفرس والمال، ومع صاحب الفرس أربعمائة وخمسون درهماً من الفرس، فتصير الوصيتان ألف درهم هو ثلث جميع المال. وهذا القول هو الأشبه بمذهب الشافعي.

والقول الثاني: أن ثلاثة أخماس الفرس مقسوم بين صاحب الفرس، وصاحب الثلث، على ستة أسهم، منها خمسة أسهم لصاحب الفرس، وسهم لصاحب الثلث؛ لأن ثلثي ذلك يسلم لصاحب الفرس، والثلث موصى به لصاحب الثلث، وصاحب الفرس، فصار بينهما، فيصير الفرس مقسوماً على عشرة أسهم منها لصاحب الفرس أربعة أسهم، وذلك أربعة أعشاره، وقيمة ذلك، أربعمائة، ولصاحب الثلث سهمان وهما عشرة وقيمة ذلك مائتا درهم. ثم يأخذ صاحب الفرس حقه من ألفين وذلك أربعمائة درهم. فصار مع صاحب الفرس الثلث ستمائة درهم من الفرس. ومع صاحب الفرس أربعمائة من الفرس وهما جميعاً ألف درهم ثلث جميع التركة وهذا قياس قول أبي حنيفة، والله أعلم بالصواب.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -: «وَلَوْ أَوْصَى لِوَارِثٍ وَأَجْنَبِيٍّ فَلَمْ يُجِيزُوا

---

(١) انظر الأم (٤/ ٣١).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٦١).

فَلِلأَجْنَبِيِّ النِّصْفُ وَيَسْقُطُ الوَارِثُ».

قال في الحاوي: وللورثة أن يعترضوا في الوصية من وجهين:

أحدهما: فيما زاد على الثلث، لأن غاية ما يستحقه الميت من جملة ماله بالوصية لقوله ﷺ لسعد: «الثلث والثلث كثير» فإن أوصى بأكثر من الثلث، لزمت الوصية في الثلث، وكانت الزيادة عليه موقوفة على إجازة الورثة وردهم.

والثاني: في اعتراض الورثة الوصية لقول النبي ﷺ: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»(١).

فإن أوصى لوارث فمذهب المزني، وهو أحد قولي الشافعي مخرج من كلام له من بعض كتبه أنها باطلة، لا تصح وإن أجازها الورثة للنهي عنها، ولثبوت الحكم بنسخها.

والقول الثاني: وهو الذي نص عليه الشافعي في جميع كتبه أنها موقوفة على إجازة الورثة كالزيادة على الثلث. وعلى هذا القول يكون التفريع فعلى هذا لو أوصى لوارث بثلث ماله، ولأجنبي بثلث ماله، فقد استحق الورثة المنع في الوجهين من الزيادة على الثلث لوارث وغير وارث، ومن الوصية لوارث وإن احتملها الثلث. وإن كان كذلك: فللورثة أربعة أحوال:

أحدها: أن يجيزوا الأمرين، الوصية للوارث، والزيادة على الثلث، فتمضي الوصية.

والحال الثانية: أن يجيزوا الزيادة على الثلث، ويمنعوا الوصية للوارث فيأخذ الأجنبي الثلث كاملاً، لأنهم لم يعترضوا عليه في الزيادة، وكملت وصيته.

والحال الثالثة: أن يردوا الزيادة على الثلث، ويجيزوا الوصية للوارث فيكون الثلث بين الأجنبين والوارث نصفين، ويأخذ كل واحد منهما سدساً، لاشتراكهما فيما رجعت إليه الوصية.

والحال الرابعة: أن يردوا الزيادة على الثلث، ويمضوا الوصية للوارث، فيكون للأجنبي السدس، لأن ما زاد مردود في حقهما معاً فصار الثلث لهما، ثم منع الوارث منه فصار سهمه ميراثاً وأخذ الأجنبي سهمه منه لو كان الوارث له مشاركاً فلو كانت الوصية لأجنبي ووارثين، ولم يجيزوا: كان للأجنبي ثلث الثلث، لأنه أحد ثلاثة أشركوا في الثلث. ولو كانت لأجنبيين ووارث. كان لهما ثلث الثلث، والاعتبار بكونه وارثاً، عند الموت لا وقت الوصية. فعلى هذا، لو كان وارثاً ثم صار عند الموت غير وارث: صحت له الوصية. ولو أوصى له وهو غير وارث ثم صار عند الموت وارثاً: ردت الوصية. ولو أوصى لامرأة أجنبية ثم تزوجها: بطلت الوصية، ولو أوصى لزوجته، ثم طلقها: صحت الوصية، والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

فصل: ولا تصح إجازة الورثة إلا من بالغ، عاقل، جائز الأمر. وإن كان فيهم صغير أو مجنون، أو محجور عليه بسفه: لم تصح منه الإجازة، ولا من الحاكم عليه، ولا من وليه لما في الإجازة عليه من تضييع حقه، ولا ضمان على الولي المجيز، ما لم يقبض، فإن أقبض؛ صار ضامناً لما أجازه من الزيادة.

فصل: وإذا أجاز الورثة الزيادة على الثلث، ثم قالوا: كنا نظن أن الزيادة يسيرة، أو كنا نظن ماله كثيراً، أو كنا لا نرى عليه ديناً: كان القول قولهم مع أيمانهم.

فإن قيل إن الإجازة ابتداء عطية منهم، بطلت في الزيادة على الثلث، لأنها هبة جعلوا بعضها، فبطلت. وإن قلنا إنها تنفيذ وإمضاء، قيل لهم قد لزمكم من إمضاء الزيادة القدر كنتم تظنوه يزيد على الثلث لأنكم قد علمتموه، وبطلت الزيادة فيما جعلتموه فإن اختلفوا مع الموصى له في القدر الذي علموه: كان القول فيه قولهم مع أيمانهم.

فصل: وإذا مات رجل وترك ابنين، فادعى رجل أن أباهما وصى له بثلث ماله، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر، حلف المكذب ولا شيء عليه في حصته. وفيما يلزم المصدق وجهان:

أحدهما: يلزمه ثلث حصته، وهو سدس جميع المال.

والوجه الثاني: يلزمه سدس جميع المال من حصته.

وهذان الوجهان: مخرجان من اختلاف قوليه في إقرار أحد الابنين بدين، فلو صدقه أحدهما على جميع الثلث، وصدقه الآخر على السدس.

لزم المصدق على السدس نصف السدس، وفيما يلزم المصدق على الثلث وجهان:

أحدهما: نصف الثلث، وهو السدس.

والثاني: ثلاثة أربع الثلث، وهو الربع. والله أعلم بالصواب.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِمَا فِي البَطْنِ وَبِمَا فِي البَطْنِ إِذَا كَانَ يَخْرُجُ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ خَرَجُوا عَدَداً ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً فَالوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ سَوَاءٌ وَهُمْ لِمَنْ أَوْصَى بِهِمْ لَهُ».

قال في الحاوي: وهذه المسألة مشتملة على فصلين:

أحدهما: الوصية بالحمل.

والثاني: الوصية للحمل.

فأما الوصية للحمل فجائزة، لأنه لما ملك بالإرث، وهو أضيق، ملك بالوصية التي هي أوسع. ولو أقرّ للحمل إقراراً مطلقاً بطل في أحد القولين. والفرق بينهما: أن الوصية

(١) انظر الأم (٣/ ١٦١).

أحمل للجهالة له من الإقرار. ألا ترى أنه لو أوصى لمن في هذه الدار صح. ولو أقر له لم يصح. فإذا قال: قد أوصيت لحمل هذه المرأة بألف نظر حالها إذا ولدت، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من حين تكلم بالوصية لا من حين الموت صحت له الوصية لعلمنا أن الحمل كان موجوداً وقت الوصية. وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الوصية: فالوصية باطلة لحدوثه بعدها، وأنه لم يكن موجوداً وقت تكلمه بها. وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية، ولأقل من أربع سنين، فإن كانت ذات زوج أو سيد يمكن أن يطأها فيحدث ذلك منه: فالوصية باطلة لإمكان حدوثه فلم يستحق بالشك. وإن كانت غير ذات زوج أو سيد يطأ، فالوصية صحيحة، لأن الظاهر تقدمه والحمل يجري عليه حكم الظاهر في اللحوق، فكذلك في الوصية.

فصل: فإذا صحت الوصية فسواء كان الحمل حراً، أو مملوكاً، لأن الوصية للمملوك جائزة، إلا أنها في المملوك لسيده، وفي الحر له، دون غيره. ثم إن وضعت حملها ذكراً أو أنثى، فالوصية له. وإن وضعت ذكراً وأنثى كانت الوصية بينهما نصفين، لأنها هبة لا ميراث، إلا أن يفضل الموصي الذكر على الأنثى. لو على هذه فيحمل على تفضيله.

فلو قال: إن ولدت غلاماً فله ألف، وإن ولدت جارية فلها مائة، فولدت غلاماً: استحق ألفاً، وإن ولدت جارية استحق الغلام ألفاً والجارية مائة. وإن ولدت خنثى دفع إليه مائة، لأنها يقين، ووقف تمام الألف حتى يستبين. وهكذا لو قال: إن كان في بطنك غلام فله ألف، وإن كان في بطنك جارية فلها مائة، فولدت غلاماً أو جارية، كان للغلام ألف وللجارية مائة. فلو ولدت غلامين، أو جاريتين، صحت الوصية، وفيها ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج.

أحدها: أن للورثة أن يدفعوا الألف إلى أي الغلامين شاؤوا والمائة إلى الجاريتين شاؤوا؛ لأنها لأحدهما فلم تدفع إلى أحدهما، ورجع فيها إلى بيان الوارث، كما لو أوصى له بأحد عبديه.

والوجه الثاني: أنه يشترك الغلامان في الألف، والجاريتان في المائة، لأنها وصية لغلام وجارية، وليس أحد الغلامين أولى من الآخر فشرك بينهما، ولم يرجع فيه إلى خيار الوارث، بخلاف الوصية بأحد العبدين اللذين يملكهما الوارث، فجاز أن يرجع إلى خياره فيهما.

والوجه الثالث: أن الألف موقوفة بين الغلامين، والمائة موقوفة بين الجاريتين حتى يصطلحا عليهما بعد البلوغ؛ لأن الوصية لواحد فلم يشرك فيها بين اثنين وليس للوارث فيها خيار، فلزم فيها الوقف.

فصل: ولو قال: إن كان الذي في بطنك غلام فله ألف، وإن كان الذي في بطنك جارية فلها مائة، فولدت غلاماً وجارية.

فلا شيء لواحد منهما، بخلاف قوله: إن كان في بطنك غلام فله الألف، لأنه إذا قال: إن كان الذي في بطنك غلام فقد جعل كون الحمل غلاماً شرطاً في الحمل والوصية معاً، فإذا كان الحمل غلاماً وجارية لم يوجد الشرط كاملاً فلم تصح الوصية.

وإذا قال: إن كان في بطنك غلام، فلم يجعل ذلك شرطاً في الحمل وإنما جعله شرطاً في الوصية فصحت الوصية.

وهكذا لو قال: إن كان ما في بطنك غلاماً، فهو كقوله إن كان الذي في بطنك فإن وضعت غلاماً وجارية فلا وصية.

وكذلك لو قال: إن كان حملك ذكراً فكان ذكراً وأنثى فلا وصية فلو قال إن كان الذي في بطنك غلاماً فله ألف، فلو ولدت غلامين ففي الوصية وجهان:

أحدهما: باطل كما لو ولدت غلاماً وجارية، لأنه لم يكن كل حملها غلاماً.

والوجه الثاني: أنها جائزة، لأن كل واحد منهما غلام فاشتركا في الصفة، ولم تضر الزيادة، فعلى هذا يكون على الوجوه الثلاثة التي حكاها ابن سريج من قبل أنها ترجع إلى بيان الورثة في دفع الألف إلى أحدهما.

والثاني: يشتركان جميعاً فيها.

والثالث: توقف الألف بينهما حتى يصطلحا عليها، والله أعلم.

فصل: ولو قال: قد أوصيت لحمل هذه المرأة من زوجها، فجاءت بولد نفاه زوجها باللعان، ففي الوصية وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج أن الوصية باطلة، لأن لعانه قد نفى أن يكون منه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، أن الوصية له جائزة؛ لأن لعان الزوج منه، إنما اختص بنفي النسب دون غيره من أحكام الأولاد. ألا ترى أنها تعتد به، ولو قذفها به قاذف حد.

ولو عاد فاعترف بنسبه لحق به، ولكن لو وضعت بعد أن طلقها ذلك الزوج ثلاثاً ولداً لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق، ولأقل من ستة أشهر من حين الوصية، فلا وصية لها وهو ليس منه، وبخلاف الملاعن الذي يجوز أن يكون الولد منه.

فصل: وإذا وضعت الموصي بحملها ولداً ميتاً، فلا وصية له، كما لا ميراث له، ولو وضعته حياً، فمات، صحت الوصية، وكانت لوارث الحمل، كالميراث ولو ضرب ضارب بطنها، فألقت جنيناً ميتاً، كان فيه على الضارب غرة ولا وصية له، كما لا ميراث له، والله أعلم.

فصل: وأما الوصية بالحمل فجائزة، كجوازها بالمجهول.

فإذا أوصى بحمل جاريته لرجل، فولدت لأقل من ستة أشهر من حين الوصية، صحت الوصية به، سواء وضعته غلاماً أو جارية.

وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر، ولا أقل من أربع سنين: فإن كان لها زوج يمكن

أن يطأ فالظاهر حدوثه بعد الوصية، فلا وصية، وإن لم يكن لها زوج، فالظاهر تقدمه فتصح الوصية.

فصل: وأما إذا قال قد أوصيت بمن تحمله جاريتي هذه. ففي الوصية وجهان:

أحدهما: باطلة، **والثاني**: جائزة من اختلاف الوجهين في الوصية هل يراعى بها وقت الوصية أم لا؟ ولكن لو أوصى لما تحمله هذه المرأة لم يجزها هنا قولاً واحداً، لأن المالك هاهنا معدوم، وعدم الملك أعظم في التمليك من عدم المملوك.

فإذا قيل الوصية باطلة فلا مسألة. وإذا قيل جائزة، نظر: فإن وضعته ولداً لأقل من ستة أشهر لم تصح فيه الوصية، لأنه كان موجوداً وقت الوصية، وإنما أوصى بولد يحدث بعد الوصية.

وإن وضعت ولداً لأكثر من أربع سنين صحت فيه الوصية لحدوثه بعد الوصية. فإن وضعت ولداً لأكثر من ستة أشهر ستة أشهر، ولأقل من أربع سنين فإن كانت ذات زوج يطأ فالظاهر حدوثه فصحت فيه الوصية. وإن لم تكن ذات زوج يطأ فالظاهر تقدمه فلم تصح فيه الوصية فأما إذاقال: قد أوصيت لمن تلده جاريتي فقد اختلف أصحابنا هل يراعى وجود الحمل حال الوصية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يراعى وجوده حال الوصية، ويكون كقوله: «قد أوصيت بحمل جاريتي».

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يراعى وجوده وفي أي زمان ولدته، صحت الوصية به.

فصل: ولو قال: إن ولدت هذه الجارية ذكراً فهي وصية لزيد، وإن ولدت أنثى فهي وصية لعمرو.

جاز وكان على ما قال: إن ولدت غلاماً ذكراً كان لزيد. وإن ولدت جارية أنثى كان لعمرو، وإن ولدت ذكراً وأنثى كان لكل واحد منهما ما جعل له. ولو ولدت خنثى مشكلاً ففيه وجهان:

أحدهما: لا حق فيه لواحد منهما، لأنه ليس بذكر فيستحقه زيد، ولا بأنثى فيستحقها عمرو. ويكون موروثاً.

والوجه الثاني: أنه موقوف بين زيد وعمرو حتى يصطلحا عليه، لأنه لا يخلو أن يكون ذكراً أو أنثى فإن أشكل: فلم يجز أن يملكه الورثة، وإنما الإشكال مؤثر في مستحق الوصية لا في الاستحقاق للورثة.

فصل: وإذا أوصى بحمل أمته لرجل، ضرب بطنها ضارب، فألقت جنيناً ميتاً: صحت الوصية، وكان للموصى له الدية. ولو أوصى له بحمل ناقته فضرب بطنها، فألقت جنيناً ميتاً: فالوصية باطلة، وما نقصها الضرب للورثة. والفرق بينهما: أن ما في جنين الأمة بدل منه. وما في جنين البهيمة لا بدل له منها. ألا ترى أن من جنين الأدمية ديته،

وفي جنين البهيمة ما نقص من ثمنها.

فصل: ولو أوصى بحمل جارية لحمل أخرى، فلا يخلو حملهما، من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون الحملان موجودين حال الوصية لولادتهما، لأقل من ستة أشهر، فالوصية جائزة.

فمن ولدته الموصى بحملها، من غلام أو جارية، أو هما، فهو لمن ولدته الموصى لحملها من ذكر أو أنثى أو هما بالسوية بينهما.

والقسم الثاني: أن يكون الحملان معدومين عند الوصية لولادتهما لأكثر من أربع سنين، فالوصية باطلة، لأنها وصية بمعدوم.

والقسم الثالث: أن يكون الحمل الموصى به موجوداً عند الوصية لولادته لأقل من ستة أشهر. والحمل الموصى له معدوماً عند الوصية لولادته لأكثر من أربع سنين. فالوصية باطلة، لأنها وصية بموجود لمعدوم.

والقسم الرابع: أن يكون الحمل الموصى معدوماً عند الوصية لولادته لأكثر من أربع سنين، والحمل الموصى له موجوداً عند الوصية لولادته لأقل من ستة أشهر، فالوصية باطلة، لأنها وصية بمعدوم لموجود.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -: «وَلَوْ أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ أَوْ بَغْلَةِ دَارِهِ أَوْ بِثَمَرِ بُسْتَانِهِ وَالثُّلُثُ يَحْتَمِلُهُ جَازَ ذَلِكَ».

قال في الحاوي: الوصية بمنافع الأعيان جائزة، كالوصية بالأعيان، لأنه لما صح عقد الإجارة عليها، فأولى أن تصح الوصية بها، وسواء قيدت الوصية بمدة، أو جعلت مؤيدة. وقال ابن أبي ليلى: إن قدرت بمدة تصح فيها الإجارة: صحت. وإن لم تقدر بمدة تصح فيها الإجارة بطلت حملاً للوصية على الإجارة.

وذهب الشافعي وأبو حنيفة، وجمهور الفقهاء إلى جواز الوصية بها على التأييد بخلاف الإجارة، لأن الوصايا تجوز مع الجهالة كما لو أوصى بسهم من ماله وماله مجهول، بخلاف الإجارة، فإنها لا تصح مع الجهالة.

فإذا صح جوازها مقدرة ومؤبدة، فقد ذكر الشافعي الوصية بخدمة العبد، وبغلة الدار وبثمرة البستان. فأما الوصية بخدمة العبد فله أن يستخدمه وله أن يؤجره.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز لمن أوصى له بخدمة عبده أن يأمره اعتماداً على ما تضمنته الوصية من الاستخدام دون الإجارة. وهذا خطأ، لأن الوصية بالخدمة كالوصية بالرقبة، فلما كان الموصى له بالرقبة يجوز له المعارضة عليها، لأنه قد ملكها بالوصية كان الموصى له بالخدمة أيضاً يجوز له المعارضة عليها، لأنه قد ملكها بالوصية.

(١) انظر الأم (٣/ ١٦١).

فإذا ثبت هذا: فالوصية بخدمته ضربان: إما مقدرة بمدة ومؤبدة. فإن قدرت بمدة كأنه قال: قد أوصيت لزيد بخدمة عبدي سنة، فالوصية جائزة له بخدمة سنة. والمعتبر في الثلث منفعة السنة دون الرقبة، وفي كيفية اعتبارها وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: أنه يقوم العبد كامل المنفعة في زمانه كله، فإذا قيل مائة دينار، قوم وهو مسلوب المنفعة سنة، فإذا قيل: ثمانون ديناراً فالوصية بعشرين ديناراً وهي خارجة من الثلث، إن لم يكن على الموصي دين.

والوجه الثاني: وهو الذي أراه مذهباً أنه يقوم خدمة مثله سنة، فتعتبر من الثلث، ولا تقوم الرقبة، لأن المنافع الممتلكة في العقود والغصوب هي المقومة دون الأعيان. وكذلك في الوصايا: فإذا علم القدر الذي تقومت به خدمة السنة إما من العين على الوجه الأول، أو من المنافع على الوجه الثاني نظر، فإن خرج جميعه من الثلث، صحت الوصية له بخدمة جميع السنة، وإن خرج نصفه من الثلث، رجعت الوصية إلى نصفها، واستخدمه نصف السنة، وإن خرج ثلثه من الثلث رجعت الوصية إلى ثلثها، واستخدمه نصف السنة. وإن خرج ثلثه من الثلث رجعت الوصية إلى ثلثها، واستخدمه ثلث السنة، فإن كان في التركة مال غير العبد إذا أمكن الموصى له من استخدامه سنة، أمكن الورثة في تلك السنة أن يتصرفوا في التركة بما يقابل مثل العبد.

فللموصى له أن يستخدم جميع العبد سنة متوالية حتى يستوفي جميع وصيته. والورثة يمنعون من التصرف في رقبة العبد حتى تمضي السنة، فإن باعوه قبلها كان في بيعه قولان كالعبد المؤاجر.

وإن لم يكن في التركة مال غير العبد ولا خلف الموصي سواه. ففي كيفية استخدام الموصى له سنة ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج:

أحدها: أن يستخدمه سنة متوالية، ويمنع الورثة من استخدامه والتصرف فيه حتى يستكمل الموصى له سنة وصيته ثم حينئذٍ يخلص للورثة بعد انقضائها.

والوجه الثاني: أن يستخدم ثلث العبد ثلاث سنين ويستخدم الورثة ثلثيه حتى يستوفي الموصى له سنة وصيته من ثلث العبد في ثلاث سنين، لأن لا يختص الموصى له بما لم يحصل للورثة مثلاه.

والوجه الثالث: أنه يتهيأ عليه الموصى له والورثة، فيستخدمه الموصى له يوماً، والورثة يومين حتى يستوفي سنة وصيته في ثلاث سنين:

والوجه الأول: أصح، لأنهم قد صاروا إلى ملك الرقبة فلم يلزم أن يقابلوا الموصى له بمثلي المنفعة، ولأن حق الموصى له في استخدام جميع العبد، فلم يجز أن يجعل من ثلثه، ولأن حقه متصل ومعجل فلم يجز أن يجعل مؤجلاً أو مفرقاً.

فصل: فإن كانت الوصية بخدمة العبد على التأبيد كأن قال: قد أوصيت لزيد بخدمة عبدي أبداً، فالوصية جائزة إذا تحملها الثلث.

واختلف أصحابنا في الذي يعتبر قيمته في الثلث على وجهين:

أحدهما: قاله في اختلاف العراقيين وهو اختيار ابن سريج أن تقوم جميع الرقبة في الثلث، وإن اختصت الوصية بالمنفعة، كما تقوم رقبة الوقف في الثلث وإن ملك الموقوف عليه المنفعة. فعلى هذا: هل يصير الموصى له مالكاً الرقبة وإن منع من بيعها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يملكها لاختصاص الوصية بمنافعها.

والثاني: يملكها، كما يملك أم ولده، وإن كان ممنوعاً من بيعها لتقويمها عليه في الثلث. وهذا قول أبي حامد المروزي. وهذا إذا قيل إن الرقبة هي المقومة.

والوجه الثاني: أنه يقوم منافع العبد في الثلث دون رقته، لأن التقويم إنما يختص بما تضمنته الوصية ولا يجوز أن يتجاوز بالتقويم إلى غيره، ولأنه لو أوصى بالمنفعة إلى رجل، وبالرقبة لغيره، لم يقوم في حق صاحب المنفعة إلا المنفعة دون الرقبة. كذلك إذا استبقى الرقبة على ملك الورثة. واعتبار ذلك أن يقال: كم قيمة العبد بمنافعه فإذا قيل مائة دينار. قيل: وكم قيمته مسلوب المنافع فإذا قيل عشرون ديناراً على أن قيمة منافعه ثمانون ديناراً، فتكون هي القدر المعتبر من الثلث فعلى هذا: هل يحتسب الباقي من قيمة الرقبة وهو عشرون ديناراً على الورثة أم لا؟ على وجهين أحدهما: يحتسب به عليهم، لأنه قد دخل في ملكهم. وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: لا يحتسب به عليهم، لأنه ما زالت عنه المنفعة زال عنه التقويم، فإذا ثبت ما ذكرناه، وخرج القدر الذي اعتبرناه من الثلث صحت الوصية بجميع المنفعة، وكان للموصى له استخدامه أبداً ما دام حياً، وأخذ جميع أكسابه المألوفة. وهل يملك ما كان غير مألوف منها كاللقطة؟ على وجهين أصحهما يملكه وفي نفقته ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنها على الموصى له بالمنفعة، لأن المنفعة تختص بالكسب.

والثاني: وقول أبي علي بن أبي هريرة: أنها على الورثة لوجوبها بحق الملك.

والوجه الثالث: حكاه أبو حامد الإسفراييني تجب في بيت المال، لأن كل واحد من مالكي الرقبة والمنفعة، ولم يكمل فيه استحقاق وجوبها عليه، فعدل بها إلى بيت المال، فإذا مات الموصى له، فهل تنتقل المنفعة إلى وارثه أم لا؟ على وجهين حكاهما أبو علي الطبري في إفصاحه.

أحدهما: أن المنفعة تنتقل إلى ورثته لتقومها على الأبد في حقه. فعلى هذا: تكون المنفعة، مقدرة بحياة العبد.

والوجه الثاني: قد انقطعت الوصية بموت الموصى له، لأنه وصى له في عينه بالخدمة، لا لغيره. فعلى هذا: تكون المنفعة مقدرة، بحياة الموصى له، ثم تعود بعد موته إلى ورثة الموصي.

فصل: وإن لم يخرج ما قومت به المنافع كلها من الثلث وخرج بعضها منه كان للموصى له منها، قدر ما احتمله الثلث، مثل أن تكون قيمة المنافع على ما بيناه: ثمانون ديناراً، وقد احتمل الثلث منها أربعين ديناراً، استحق من منافعه النصف، لاحتمال الثلث للنصف، وإن احتمل الثلث منها عشرين ديناراً، استحق من منافعه الربع لاحتمال الثلث للربع. فعلى هذا: إذا كان هذا الذي احتمله الثلث نصف الخدمة ففيه وجهان:

أحدهما: يستخدم الموصى له نصف العبد بأخذ النصف من كسبه ويستخدم الورثة النصف الآخر بأخذ النصف الآخر من كسبه.

والوجه الثاني: أنه ينهانا عليه الورثة، والموصى له يوماً ويوماً أو أسبوعاً وأسبوعاً.

فأما النفقة: فإن قبل بوجوبها على مالك الرقبة كانت على الورثة.

وإن قيل بوجوبها على مالك المنفعة، كانت بين الموصى له والورثة نصفين لاشتراكهما بالتسوية في منفعته، ولو تفاضلا فيها لفضل بينهما بقدرها.

فأما زكاة الفطر: فلا تجب على الموصى له بالمنفعة بحال، سواء ملك جميعها أو بعظها وفي وجوبها على الورثة وجهان:

أحدهما: تجب عليهم لتعلقها بالرقبة.

والثاني: تسقط ولا تجب، لأن ملكهم لم يكمل، وصارت كزكاة المكاتب والله أعلم.

فصل: وأما بيع هذا العبد الموصى بخدمته.

فإن أراد الموصى له بخدمته له بالمنفعة بيعه: لم يجز، سواء ملك جميع المنفعة أو بعضها، وسواء قيل إنه مالك أو غير مالك وإن أراد ورثة الموصي بيعه، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز لثبوت الملك.

والثاني: لا يجوز لعدم المنفعة.

والثالث: يجوز بيعه من الموصى له بالمنفعة، ولا يجوز من غيره، لأن الموصى له ينتفع به، دون غيره.

فصل: وأما عتقه، فإن أعتقه الموصى له بالمنفعة، لم يجز لاختصاص حقه بالمنفعة، سواء قومت الرقبة في حقه أم لا؛ لأن تقويمها عليه في أحد الوجهين لاستحقاقه كل المنفعة لا غير وإن أعتقه ورثة الموصي ففي نفوذ عتقهم وجهان:

أحدهما: ذكره أبو الحسن بن القطان: أنه لا ينفذ عتقهم. وهذا على الوجه الذي يجعل الرقبة دخلت في ملك الموصى له.

والوجه الثاني: وهو الأصح. أن عتقهم نافذ وإن لم يملكوا الانتفاع والبيع كالمكاتب فعلى هذا تكون الوصية بالمنفعة على حالها للموصى له بها. وليس للمعتق أن يرجع ببدل منافعه على الورثة المعتقين بخلاف العبد إذا أجره سيده، ثم أعتقه في مدة إجارته، فإنه يرجع على سيده ببدل منافعه، بعد عتقه في أحد القولين، والفرق بينهما أن

المعتق في الإجارة هو واحد، وفي الوصية اثنين.

فصل: وإذا جنى العبد الموصي بمنافعه جناية فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون جناية عمد توجب القود، فإذا اقتص منه وكانت في النفس بطلت الوصية في باقيه. وإن كانت في طرف أو جرح بطن فيها، فإن كان باقي المنافع بعد القصاص، كالأنثى والذكر: كانت الوصية بحالها.

وإن ذهب منافعه بعدها، كاليدين والرجلين بطلت الوصية بمنافعه لفواتها بالقصاص.

والضرب الثاني: جناية خطأ توجب الأرش، فإذا وجب أرشها، فإن فداه مالك الرقبة، كان الموصى له على حقه من المنفعة، ولم يرجع عليه بالأرش، وإن فداه مالك المنفعة، كان الورثة على حقوقهم من ملك الرقبة، ولم يرجع عليهم بالأرش.

وإن لم يفده واحد منهما، لم يجبر أحدهما عليهما، وبيع منه بقدر جنايته بخلاف أم الولد التي يؤخذ أرش جنايتها من سيدها، لأن سيدها هو المانع من بيعها، وليس كذلك مالك الرقبة، ولا مالك المنفعة.

وإذا كان هذا كذلك نظر في الأرش، فإن كان بمثل قيمة العبد كله بيع في جنايته، وقد بطلت الوصية. وإن كان بمثل النصف من قيمته، بيع نصفه، ومالك مشتريه نصف رقبته ونصف منافعه، لأنه ملك بالابتياع نصفاً تاماً. فأما النصف الآخر فهو على ما كان عليه من حكم الوصية، فينظر فيه، فإن كان الموصى له مالكاً لكل منافعه، صار بعد البيع مالكاً لنصفها وصار المشتري والموصى له شريكين في منافعه، وإن كان الموصى له قد ملك نصف المنافع، لعجز الثلث عن جميعها صارت منافع النصف الباقي بين الموصى له وبين الورثة نصفين لخروج النصف المبيع من الحقين، فتنقسم المنافع بينهم على أربعة أسهم.

فصل: وأما الجناية على العبد الموصى بمنافعه، فلها حالتان: حالة توجب القود، وحالة توجب الأرش، فإن وجب القود، فالخيار فيه للورثة، دون الموصى له بالمنفعة. وإن اقتص: كان له، وإن عفا عن القصاص إلى المال كان له، وإن عفا عن القصاص والمال، صح عفوه عن القصاص، وفي صحة عفوه عن المال وجهان على ما نذكره من مستحق المال.

وإن كانت الجناية توجب الأرش: لم يخل حال العبد بعد الجناية من أحد أمرين: إما أن يكون باقي المنافع أو تالفها، فإن كانت منافعه لاختصاص الجناية بما لا يؤثر في منافعه، كجدع أنفه، وجب ذكره، فهو ملك للورثة دون الموصى له بالمنفعة، لأن المنفعة بكمالها، لم تؤثر الجناية فيها، وإنما أثرت في رقبته التي لا حق له فيها. وإن كانت المنافع تالفة كحدوث الجناية على نفسه، ففي مستحق جنايته أربعة أوجه:

أحدها: أنها لمالك المنفعة، لأنها من منافعه.

والوجه الثاني: أنها للورثة، لأنها بدل من الرقبة.

والوجه الثالث: أنها مقسطة بين مالك المنفعة ومالك الرقبة عن قدر القيمتين، كما ذكرنا من قبل في تقويم المنفعة.

والوجه الرابع: أنه يشتري بقيمته عبد مثله يكون مكانه، وعلى حكمه فتكون رقبته للورثة، ومنافعه للموصى له، والله أعلم.

فصل: فإن كان الموصي بمنافعه أمة: جاز أن تزوج لاكتساب المهر ويملك الولد، وفي مستحق تزويجها ثلاثة أوجه:

أحدها: مالك المنفعة؛ لأن المهر له.

والثاني: مالك الرقبة، لأن الملك له.

والثالث: ليس لواحد من مالك المنفعة والرقبة أن ينفرد بتزويجها، حتى يجتمعا عليه معاً، لأن لكل واحد منهما فيها حقاً، فإذا تزوجت كان مهرها لمالك المنفعة، ولأنه من كسبها المألوف، فإن جاءت بولد ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون للموصى له بمنافعها، لأنه من كسبها.

والثاني: أنه للورثة، لأنه عبد معهود من كسبها، وأنه تابع لرقبتها.

والثالث: أنه يكون في حكم الأم، رقبته للورثة، ومنافعه للموصى له، لأن حكم الولد حكم أمه.

فإن أراد الموصى له بالمنفعة وطء الأمة، لم يجز، لأنه لا يملكها، وإن وطأها حدّ المستأجر في وطئها، لأن الإجارة تناولت الخدمة وليس الوطء خدمة والوصية تناولت المنفعة، والوطء منفعة، وإنما منع لأجل الرقبة، ثم لا مهر عليه، لأن مهرها لو وجب لصار إليه. فإن جاءت بولد كان حراً لاحقاً لمكان الشبهة وفي قيمته ثلاثة أوجه:

الأول: قيمته لمالك المنفعة.

والثاني: قيمته للورثة، إذا قيل إن الولد يكون لهم.

والثالث: أن يشتري بقيمة الولد من يكون كالأم ملكاً، للورثة رقبته، وللموصى له منفعته، ولا تكون أم ولد الموصى له، لأنه لا يملكها.

فإن ملكها من ثاني حال، ففي كونها له أم ولد بذلك الولد قولان: فأما إن وطئها مالك الرقبة، وهو الوارث، فلا حد عليه، وإن كانت محرمة عليه، لمكان الشبهة في ملكه للرقبة، وعليه مهرها للموصى له بالمنفعة، ويكون ولده منها حراً، يلحق به. وفي قيمته ثلاثة أوجه:

أحدها: لا قيمة عليه، إذا قيل إنها له.

والثاني: عليه قيمتها للموصى له، إذا قيل إنها له.

والثالث: أن يشتري بالقيمة من يكون مكانه وفي حكم الأم.

وهل تصير له أم ولد أم لا؟ على وجهين كما لو أعتقها.

فصل: وإذا أوصى بخدمة عبده لرجل وبرقبته لآخر صحت الوصية لهما بما سمي لكل واحد منهما، وكان تقويم الرقبة في حقهما وتسقط القيمة في وصيتهما، بأن تجعل قيمة الرقبة مسلوبة المنافع، هو القدر الموصى به لصاحب الرقبة، وما زاد عليها إلى استكمال قيمته بمنافعه، هو القدر الموصى به لصاحب المنفعة، وهذا ما لم يختلف أصحابنا فيه.

فصل: فأما إذا أوصى له بغلة داره:

فكالوصية بخدمة عبده، إن كانت مقدرة بمدة، قومت المنفعة في الثلث على ما ذكرنا من الوجهين: فإذا خرجت من الثلث، اختص بغلة تلك المدة على ما ذكرنا من الأوجه الثلاثة التي حكاها ابن سريج.

وإن كانت مؤبدة ففيما تقوم به في الثلث وجهان:

أحدهما: جميع الرقبة.

والثاني: المنفعة، وذلك ما بين قيمتها كاملة المنفعة ومسلوبة المنفعة. فإن احتاجت الدار إلى نفقة من مرمّة. لم يلزم ذلك واحداً منها. إلا أن يتطوع به أحدهما. فإن انهدمت الدار: فقط سقط حق الموصى به بالغلة. فإن بناها الوارث جاز ولم يمنع ثم نظر. فإن بناها بغير تلك الآلة: فلا حق للموصى له بالمنفعة في تمليكها؛ لأنها غير تلك الدار. وإن بناها بتلك الآية ففي استحقاقه لغلتها وجهان:

أحدهما: يستحقها الموصى له لمكان الآلة.

والثاني: لا حق له فيهما وتكون الدار للوارث لمكان العمل وانقطاع الوصية بالهدم. ولو أراد الموصى له، بعد هدمها أن يبنيها، فإن كان بغير تلك الآلة لم تكن له، وإن كانت بتلك الآلة فعلى وجهين: إن قيل إنه يملك رقبتها: كان له بناؤها. وإن قيل لا يملكها فليس له.

فصل: فأما إذا أوصى له بثمرة بستانه، فذلك ضربان:

أحدهما: أن تكون الثمرة موجودة، فالوصية بها صحيحة وتعتبر قيمة الثمرة عند موت الموصي، لا حين الوصية، فإن خرجت من الثلث: فهي للموصى له. وإن خرج بعضها: كان له منها قدر ما احتمله الثلث وكان الورثة شركاء فيها بما لم يحتمله الثلث منها.

والضرب الثاني: أن يوصي بثمرة لم تخلق أبداً: فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يوصي بثمرته على الأبد: فالوصية جائزة وفيما يقوم في الثلث وجهان:

أحدهما: جميع البستان.

والثاني: أن يقوم كامل المنفعة، ثم يقوم مسلوب المنفعة، ثم يعتبر ما بين القيمتين

من الثلث، فإن احتمله نفذت الوصية بجميع الثمرة أبداً ما بقي البستان، وإن احتمل بعضه كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشارك فيه الورثة مثل أن يحتمل النصف فيكون للموصى له النصف من ثمرة كل عام، وللورثة النصف الباقي وإذا احتمل الثلث جميع القيمة، وصارت الثمرة كلها للموصى له، فإن احتاجت إلى سقي، فلا يجب على الورثة السقي، بخلاف بائع الثمرة، حيث وجب عليه سقيها للمشتري إذا احتاجت إلى السقي، لأن البائع عليه تسليم ما تضمنه العقد كاملاً، والسقي من كماله وليس كذلك الوصية، لأن الثمرة تحدث على ملك الموصي، ولا يجب على الموصى له سقيها، لأنها بخلاف نفقة العبد، لأن نفقة العبد مستحقة لحرمة نفسه، بخلاف الثمرة. وكذلك لو احتاجت النخل إلى سقي: لم يلزم واحد منهما. وأيهما تطوع به لم يرجع به على صاحبه، فإن مات النخل، أو استقطع فأجذاعه للورثة دون الموصى له، وليس للموصى له أن يغرس مكانه ولا إن غرس مكانه نخيلاً، وكان للموصى فيه حق، لأن حقه في النخل الموصى له به دون غيره.

والثاني: أن يوصي بثمر له مدة مقدرة.

كأن أوصى له بثمرة عشر سنين، فمن أصحابنا من ذهب إلى بطلان الوصية مع التقدير بالمدة. بخلاف المنفعة، لأن تقويم المنفعة المقدرة ممكن وتقويم الثمار المقدرة بالمدة غير ممكن.

وذهب سائر أصحابنا إلى جوازها كالمنفعة، وفيما يقوم في الثلث وجهان:

أحدهما: أنه يقوم البستان كامل المنفعة، ويقوم مسلوب المنفعة، ثم يعتبر ما بين القيمتين في الثلث.

والثاني: أن ينظر أوسط ما يثمره النخل غالباً في كل عام، ثم يعتبر قيمة الغالب من قيمة الثمرة في أول عام، ولا اعتبار بما حدث بعده من زيادة ونقص، فإن خرج جميعه من الثلث، فقد استحق جميع الثمرة في تلك المدة. وإن خرج نصفه. فله النصف من ثمرة كل عام، إلى انقضاء تلك المدة وليس له أن يستكمل هذه كل عام في نصف تلك المدة، لأنه قد تختلف ثمرة كل عام في المقادير والأثمان، فخالف منافع العبد والدار. ومثل الوصية بثمرة البستان: أن تكون له ماشية فيوصي لرجل برسلها ونسلها. وتجب نفقة الماشية، كوجوب نفقة العبد، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ كَانَ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ فَأَجَازَ الوَرَثَةُ فِي حَيَاتِهِ لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يُجِيزُوهُ بَعْدَ مَوْتِهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا أوصى بأكثر من ثلثه، وسأل وارثه إجازة

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦١).

وصيته، فأجازها في حياته، لم يلزمه الإجازة وكان مخيراً بعد الموت بين الإجازة والرد وبه قال أبو حنيفة، وأكثر الفقهاء. وقال الحسن البصري، وعطاء، الزهري، قد لزمتهم الإجازة، سواء أجازوا في الصحة، أو في المرض وقال مالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى: إن أجازوه في الصحة: لم يلزمهم وإن أجازوه في المرض: لزمهم استدلالاً، بأن التركة بين الموصي والورثة فإذا اجتمعوا فيها على عطية لم يكن عليهم فيها اعتراض، كالمفلس مع غرمائه، والمرتهن مع راهنه. وهذا فاسد من وجوه:

أحدهما: أن الإجازة إنما تصح ممن يملك ما أجاز. وهو قبل الموت، لا يملكه فلم تصح منه إجازته.

والثاني: أنه يملك الإجازة من يملك الرد. فلما لم يملك الرد في حال الحياة، لم يملك الإجازة.

والثالث: أن الإجازة إنما تصح من وارث، وقد يجوز أن يصير هذا المجيز غير وارث فلم تصح منه الإجازة.

والرابع: أن إجازته قبل الإرث، كعفوه عن الشفعة قبل البيع وعن العيب قبل الشراء، وذلك مما لا حكم له. وكذلك الإجازة قبل الموت وبذلك المعنى فارق الغرماء مع المفلس، والمرتهن مع الراهن لاستحقاقهم لذلك في الحال.

فصل: فإذا ثبت أن إجازة الورثة في حال الحياة غير لازمة، فالأولى لهم إمضاء ما أجازوه؛ لأن في ذلك صدقاً في قول، ووفاء بوعد، وبعداً من عذر، وطاعة للميت، وبرًّا للحي. وكذلك لو أجازوا وصيته لبعض ورثته في حياته. وسواء شهد عليهم بالإجازة أو لم يشهد.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ قَالَ أَعْطُوهُ رَأْساً مِنْ رَقِيقِي أُعْطِيَ مَا شَاءَ الوَارِثُ مَعِيباً كَانَ أَوْ غَيْرَ مَعِيبٍ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح والكلام فيها يشتمل على فصلين:

أحدهما: أن يوصي برأس من رقيقه.

والثاني: أن يوصي برأس من ماله.

فأما إذا أوصى برأس من رقيقه: فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون له عند الوصية رقيق يخلفهم من تركته. فالوصية جائزة فإن خلف رأساً واحداً: فهو للموصى له. وإن خلف جماعة فالخيار إلى الورثة، في دفع أيهم شاؤوا من صغير أو كبير، وصحيح أو مريض، ذكر أو أنثى، مسلم أو كافر، لأن كل واحد منهم ينطلق عليه اسم رأس من رقيق.

(١) انظر الأم (٣/ ١٦١).

فأما الخنثى المشكل: ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول الربيع.

أنه لا يجوز لخروجه عن العرف. ولكن لو قال أمة: لم يجز أن يعطي عبداً ولا خنثى. ولو قال عبداً: لم يجز أن يعطى أمة، ولا خنثى. ولو كان في كلامه ما يدل على مراده: حملت الوصية على ما يدل عليه مراده، كقوله: «أعطوه رأساً يستمتع بها»، فلا يعطى إلا امرأة، لأنها هي المقصودة بالمنفعة.

ولو قال: رأساً يخدمه، لم يعط إلا صحيحاً؛ لأن الزمن لا خدمة فيه، وكذلك الصغير، ولو أراد الورثة أن يشتروا له رأساً، لا من رقيقه لم يجز: ، لأنه عين الوصية في رقيقه.

والثاني: أن لا يكون له عند الوصية يرأس من رقيقه رقيق، ولا يملك بعد الوصية رقيقاً، فالوصية باطلة: ، لأنه أحالها إلى رقيق معدوم.

والثالث: أن لا يكون له عند الوصية برأس من رقيقه رقيق، ويملك بعد الوصية وقبل الموت رقيقاً، ففي صحة الوصية وجهان، كمن أوصى بثلث ماله ولا مال له:
أحدهما: جائزة، **والثاني**: باطلة.

فصل: وأما إن أوصى برأس من رقيق من ماله.

فالوصية جائزة، سواء خلف رقيقاً أم لا، لأنه جعل وصيته بالرقيق في المال، والمال موجود. وإن لم يكن له رقيق، كان الورثة بالخيار في شراء ما شاؤوا من الرقيق. وإن كان له رقيق: فالورثة بالخيار بين أن يعطوه رأساً منهم، وبين أن يشتروا له.

فصل: ولو أوصى بعبده النوبي، ولم يكن له إلا عبداً زنجي، لم يعط إلا النوبي، ولو كان له جماعة من العبيد النوب: أعطوه أي النوبي شاؤوا. ولو قال: أعطوه عبدي سالماً الحبشي، فاجتمع الاسم والجنس في عبد فكان له عبد حبشي يسمى سالماً: صحت فيه، ولو كان له عبداً يسمى سالماً، وليس بحبشي، وعبداً حبشي وليس بسالم: فالوصية باطلة، لأن الصفتين اللتين علق بهما وصية من الاسم والجنس لم يجتمعا.

فصل: فلو شهد شاهدان أنه أوصى لزيد بعبده سالم الحبشي وكان له عبدان حبشيان اسم كل واحد منهما سالم. فإن عينا الموصى به منهما: صحت شهادتهما في الوصية لمن عيناه، وإن لم يعين الشاهدان أحدهما، ففي شهادتهما قولان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: باطلة، للجهل بها والشهادة المجهولة مردودة، ويكون القول قول الوارث في إنكار الوصية وإثباتها.

والثاني: أن الشهادة جائزة، لأنها تضمنت وصية لا يؤثر فيها الجهالة بها، ثم فيها وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أن العبدين موقوفين بين الموصى له والوارث حتى يصطلحوا على

الموصى له منهما، لأنهما أشكلا بالشهادة عليهم، لا باعترافهم فلم يرجع إلى بيانهم.

والثاني: أنه يرجع إلى بيان الورثة في أي العبدين شاءوا، لأن وجوب الوصية بالشهادة، كوجوبها باعترافهم فوجب أن يرجع في الحالين إلى بيانهم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ هَلَكَتْ إِلَّا رَأْساً كَانَ لَهُ إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ».

قال في الحاوي: أما إذا أوصى برأس من ماله: فالوصية حائزة لا تبطل بموت رقيقه إذا كان ماله باقياً. فأما إذا أوصى برأس من رقيقه فقد مضى الكلام إذا لم يمت منهم أحد. وأما إذا حدث فيهم موت فعلى ضربين:

أحدهما: أن يهلك جميعهم.

والثاني: بعضهم. فإن هلكوا جميعاً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون هلاكاً غير مضمون كالموت، فالوصية قد بطلت، إلا أنه إن كان قبل موت الموصي، فلا وصية، وإن كان بعده فقد هلك ذلك من مال الموصى له والورثة جميعاً.

والثاني: أن يكون هلاكهم مضموناً كالقتل الذي يوجب ضمان قيمتهم على قاتلهم، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قتلهم بعد موت الموصي: فالوصية صحيحة، لأن القيمة قائمة مقامهم، ثم للورثة أن يعطوه قيمة أيهم شاؤوا، كما كان لهم مع بقائهم أن يعطوا أيهم شاؤوا.

والثاني: أن يكون قتلهم قبل موت الموصي ففي الوصية وجهان:

أحدهما: جائزة، لأن القيمة بدل منهم. فصار كوجودهم فعلى هذا يعطونه قيمة أيهم شاؤوا.

والثاني: أنها باطلة، لأن انتقالهم إلى القيمة في القتل كانتقالهم إلى الثمن في البيع، فلما كان بيعهم في حياة الموصي موجباً لبطلان الوصية كذلك قتلهم في حياة الموصي موجباً لبطلان الوصية.

ومن قال بالوجه الأول يفرق بين البيع والقتل بأن البيع كان باختيار الموصي، فكان رجوعاً. والقتل بغير اختياره، فلم يكن رجوعاً.

فصل: وإن هلك بعضهم وبقي بعضهم كأنهم هلكوا جميعاً إلا واحداً منهم، فهذا على ضربين:

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٢).

أحدهما: أن يهلك من هلك منهم بالموت دون القتل، فالوصية قد بقيت في العبيد الباقي، ولا خيار للورثة في العدول بها إلى غيره لتعيينها من رقيقه.

والثاني: أن يكون هلاكهم بالقتل المضمون فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قتلهم قبل موت الموصي، فالوصية بقيت في العبد الباقي، وليس للورثة أن يعدلوا بها إلى قيمة أحد المقتولين قبل موت الموصي. نص عليه الشافعي، لأن بقاء الجنس للموصى به، يمنع من الرجوع إلى غيره.

والثاني: أن يكون قتلهم بعد موت الموصي ففيه وجهان:

أحدهما: أن الوصية متعينة في العبد الباقي فليس للورثة أن يعدلوا بها إلى قيمة أحد المقتولين، كما ليس لهم ذلك إذا كان القتل قبل موت الموصي.

والثاني: أن للورثة الخيار في أن يعطوه العبد الباقي، أو يعدلوا به إلى قيمة أحد المقتولين، كما لهم الخيار لو قتلوا جميعاً في أن يعطوه قيمة أيهم شاؤوا.

فصل: فلو كان لرجل ثلاثة عبيد فأوصى لرجل بثلثهم، استحق من كل واحد الثلث، ولم يكن له أحدهم كاملاً، إلا أن تراضيه الورثة عليه سلماً.

فصل: ولو قال لورثته: استخدموا عبدي سنة بعد موتي، ثم هو بعد السنة وصية لفلان جاز ولم تقوم خدمة السنة على الورثة في حقهم، لأنهم قبل السنة استخدموا ملكهم، وليس كالموصى له بخدمة سنة، حيث قومت خدمة السنة في حقه؛ لأنه استخدم بالوصية غير ملكه.

ولو قال: استخدموا عبدي سنة ثم أعتقوه عني، كان لهم استخدامه ثم عتقه، بعد الخدمة، ويقوم العبد في سنة الوصية في العتق، بعد خدمة السنة من موت الموصي، لأنه لا يجوز أن نعتبر قيمته في الحال التي لا يملك بالوصية ولا يحرر بالعتق.

مسألة:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِشَاةٍ مِنْ مَالِهِ قِيلَ لِلْوَرَثَةِ أَعْطُوهُ أَوْ اشْتَرُوهَا لَهُ صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً ضَائِنَةً أَوْ مَاعِزَةً».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. إذا أوصى لرجل بشاة من ماله: فالوصية جائزة، ترك غنماً، أو لم يترك، لأنه جعلها من ماله. ويعطيه الورثة ما شاؤوا من ضأن أو معز، صغير أو كبير، سمين أو هزيل. ومن استحقاق الأنثى وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من نص الشافعي: أنه يعطى إلا أنثى، لأن الهاء موضوعة للتأنيث.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة.

أن الورثة بالخيار في إعطائه، ذكراً أو أنثى، لأن الهاء من أصل الكلمة من اسم الجنس، فاستوى فيه الذكر والأنثى. ولكن لو قال شاة من غنمي، وكانت غنمه كلها

إناثاً، لم يعط إلا أنثى. وكذلك لو كانت كلها ذكوراً: لم يعط إلا ذكراً منها، ولو لم يخلف غنماً كانت الوصية باطلة. وكذلك لو دل كلامه على المراد منها: حمل عليه مثل قوله: شاة ينتفع بدرها، ونسلها، لم يعط إلا من الضأن.

ولا يجوز إذا أوصى بشاة من ماله أن يعطى غزالاً أو ظبياً، وإن انطلق اسم الشاة عليهما مجازاً. ولكن لو قال: شاة من شياهي، ولم يكن في ماله إلا ظبي، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الوصية باطلة، لأن اسم الشاة يتناول الغنم، وليس في تركته، فبطلت.

والثاني: أن تصح؛ لأنه لما أضاف ذلك إلى شياهه، وليس في ماله إلا ما ينطلق عليه مجاز الاسم، دون الحقيقة حمل عليه، وانصرفت وصيته إلى الظبي الموجود في تركته، حتى لا تبطل وصيته.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ قَالَ بَعِيراً أَوْ ثَوْراً لَمْ يَكُنْ لَهُمْ أَنْ يَعْطُوهُ نَاقَةً وَلَا بَقَرَةً. وَلَوْ قَالَ عَشْرَ أَيْنُقٍ أَوْ عَشْرَ بَقَرَاتٍ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ أَنْ يُعْطُوهُ ذَكَراً. وَلَوْ قَالَ عَشَرَةَ أَجْمَالٍ أَوْ أَثْوَارٍ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ أَنْ يُعْطُوهُ أُنْثَى، فَإِنْ قَالَ عَشَرَةٌ مِنْ إِبِلِي أَعْطُوهُ مَا شَاؤُوا».

قال في الحاوي: أما إذا أوصى له بثور: لم يعط إلا ذكراً، لأن الثور اسم للذكور، دون الإناث، ولو قال بقرة: لم يعط إلا أنثى؛ لأن الهاء موضوعة للتأنيث، وكان بعض أصحابنا يخرج في البقرة وجهاً آخر، أنه يجوز أن يعطى ذكراً أو أنثى كالشاة؛ لأن الهاء من أصل اسم الجنس ولا يجوز أن يعدل في الوصية بالثور والبقرة إلى الجواميس، بخلاف الشاة التي ينطلق عليها اسم الضأن والمعز، إلا أن يكون من كلامه ما يدل عليه أو يقول بقرة من بقري وليس له إلا الجواميس، وإن كان اسم البقر يتناولها مجازاً؛ لأن إضافة الوصية إلى التركة، قد صرف الاسم عن حقيقته إلى مجازه، ولا يجوز أن يعدل به إلى بقر الوحش، فإن أضاف الوصية إلى بقرة، ولم يكن له إلا بقر الوحش، فعلى ما ذكرناه من الوجهين في الظبي.

فصل: فأما إذا أوصى ببعير فمذهب الشافعي[٢]: أنه لا يعطى إلا ذكراً، لأن اسم البعير بالذكور أخضر، وقال بعض أصحابنا: هو اسم للجنس فيعطى ما شاء الوارث من ذكر أو أنثى، فأما إذا أوصى له بجمل: لم يعط إلا ذكراً لاختصاص هذا الاسم بالذكور، ولو أوصى بعشرة من إبله أعطاه الوارث ما شاء من ذكور وإناث، وسواء أثبت التاء في العدد، أو أسقطها. ومن أصحابنا من قال: إن أثبت التاء في العدد فقال: عشرة من إبلي. لم يعط إلا من الذكور، لأن عددها بإثبات التاء. وإن أسقط التاء في العدد: فقال

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٢).
(٢) انظر الأم (٤/ ٢٠).

عشر من إبلي لم يعط إلا من الإناث، لأن عددها بإسقاط التاء. ألا ترى أنه يقال: عشر نسوة، وعشرة رجال. وهذه الأوجه له، لأن اسم الإبل إذا كان يتناول الذكور والإناث تناولاً واحداً، صار العدد فيها محمولاً على القدر، دون النوع وأما إذا قال: أعطوه مطية، أو راحلة. فذلك يتناول الذكور والإناث، فيعطيه الوارث منهما ماشاء والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -: «فَإِنْ قَالَ أَعْطُوهُ دَابَّةً مِنْ مَالِي فَمِنَ الخَيْلِ أَوِ البِغَالِ أَوْ الحَمِيرِ ذَكَراً كَانَ أَوْ أُنْثَى صَغِيراً أَوْ كَبِيراً أَعْجَفَ أَوْ سَمِيناً».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. أما اسم الدواب: فينطلق على كل ما دب على الأرض من حيوان اشتقاقاً من دبيبه عليها، قال الله تعالى: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦] غير أنه في العرف مختص ببعضها، فإن قال: أعطوه دابة من دوابي، قال الشافعي: يعطى من الخيل أو البغال، أو الحمير.

واختلف أصحابنا: فكان أبو العباس بن سريج يحمل ذلك على عرف الناس بمصر، حيث قال ذلك فيهم، وذكره لهم اعتباراً، لأن اسم الدواب في عرفهم منطلق على الأجناس الثلاثة من الخيل، والبغال، والحمير. فأما بالعراق والحجاز، فلا ينطلق إلا على الخيل ولا يتناول غيرها إلا مجازاً بعرف بقرينته، فإن كان هذا الموصي بمصر: خير ورثته بين الخيل والبغال والحمير، وإن كان بالعراق: لم يعطوه إلا من الخيل. وقال أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة بل الجواب محمول على ظاهره في كل البلاد، لأن اسم الدواب ينطلق على هذه الأجناس الثلاثة من الخيل، والبغال، والحمير. فإن شذ بعض البلاد بتخصيص بعضها بالاسم لم يعتبر به حكم العرف العام. فلو فرق ذلك بما يدل على التخصيص، حمل على قرينته، كقوله: أعطوه دابة يقاتل عليها، فلا يعطى إلا من الخيل عتيقاً، أو هجيناً، ذكراً أو أنثى، ولا يعطى صغيراً ولا قمحاً لا يطيق الركوب. ولو قال دابة يحمل عليها: أعطى من البغال، أو الحمير دون الخيل. ولو قال دابة ينتفع بنتاجها: أعطي من الخيل أو الحمير دون البغال، لأنها لا نتاج لها. ولو قال دابة ينتفع بدرها وظهرها: لم يعط إلا من الخيل، لأن لبنها من لبن غيرها من البغال والحمير: محظور.

ولو قال: دابة من دوابي، ولم يكن في ماله إلا أحد الأجناس لم يعط غيره. ولو كان في ماله جنسان: أعطاه الوارث أحدهما، ولم يعطه الثالث الذي ليس من ماله، ولو قال دابة من مالي وكان في ماله أحد الأجناس. كان الوارث بالخيار، في إعطائه ذلك الجنس، أو العدول عنه إلى أحد الجنسين الآخرين شراء من غير ماله.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٢).

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ قَالَ أَعْطُوهُ كَلْباً مِنْ كِلَابِي أَعْطَاهُ الوَارِثُ أَيّهَا شَاءَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: الوصية بالكلب المنتفع به جائزة، لأنه لما جاز إحرازه من يد صاحبه، وحرم انتزاعه من يد صاحبه، جاز أن يكون وصية وميراثاً. فإذا أوصى بكلب، ولا كلاب له. فالوصية باطلة، لأنه لا يصح أن يشتري، ولا يلزم أن يستوهب. وإن كان له كلاب: فضربان، منتفع بها، وغير منتفع بها، فإن كانت كلاب كلها غير منتفع بها، فالوصية باطلة، لحظر اقتنائه وتحريم إمساكه، وإن كانت كلها منتفعاً بها، فكان له كلب حرث وماشية وكلب صيد نظر. فإن كان الموصى له صاحب حرث، وماشية، وصيد، فالوارث بالخيار في إعطائه أي كلب شاء، من حرث أو ماشية أو صيد.

وإن كان الموصى له، ليس بصاحب حرث، ولا ماشية، ولا صيد، ففي الوصية وجهان:

أحدهما: الوصية باطنة، اعتباراً بالموصى له، وأنه غير منتفع به.

والثاني: الوصية جائزة، اعتباراً بالكلب، وأنه منتفع به، وأن الموصى له ربما أعطاه ما ينتفع به.

وإن كان الموصى له ممن ينتفع بأحدها بأن كان صاحب حرث لا غير أو صاحب صيد لا غير، فالوصية جائزة وفيها وجهان:

أحدهما: يلزم الوارث أن يعطيه الكلب الذي يختص بالانتفاع به، دون غيره اعتباراً بالموصى له.

والثاني: أن للوارث الخيار في إعطائه أي الكلاب شاء، اعتباراً بالموصي به.

فأما الوصية بالجرو الصغير المعد للتعليم، ففي جوازها وجهان، من اختلاف الوجهين في اقتنائه.

أحدهما: اقتنائه غير جائز، والوصية به باطلة، لأنه غير منتفع به في الحال.

والثاني: أن اقتنائه جائز، لأنه سينتفع به في ثاني حال، ولأن تعليمه منفعة في الحال.

فصل: ولو كان لرجل ثلاث كلاب، ولم يترك شيئاً سواها، فأوصى بجميعها لرجل. فإن أجازها الورثة فله، وإلا ردت إلى ثلثها، ثم في كيفية رجوعها إلى الثلث وجهان:

أحدهما: أنه يستحق من كل كلب ثلثه، فيحصل له ثلث الثلاثة، ولا يستحق واحداً بكماله إلا عن مراضاته.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٣).

والثاني: أنه قد استحق بالوصية أحدها، بخلاف الأموال مقومة لا تختلف أثمانها وليست كالكلاب التي تقوم، فاستوى حكم جميعها. فعلى هذا فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه يأخذ أحدها بالقرعة.

والثاني: أن للورثة أن يعطوه أيها شاؤوا.

فصل: فأما إن كان له كلب واحد، وليس له مال غيره، أوصى به لرجل فهو كمن أوصى بجميع ماله. فإن أجازه الوارث، وإلا كان للموصى له ثلثه، وللورثة ثلثا، ويكون بينهما على المهايأة. وإن ملك مالاً فأوصى بهذا الكلب الذي ليس له كلب سواه، ففي الوصية وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن الوصية جائزة، والكلب كله، للموصى له به، لأن قليل المال خير من الكلب الذي ليس بمال.

والثاني: وهو قول أبي سعيد الاصطخري.

إن للموصى له ثلث الكلب، إذا منع الورثة من جميعه، وإن كثر مال التركة، لأنه مما لا يمكن أن يشترى، فيساويه الورثة فيما صار إليهم من المال، فاختص الكلب بحكمه، وصار كأنه جميع التركة.

فلو ترك ثلاث كلاب، ومالاً. أوصى بجميع كلابه الثلاثة، فعلى قول أبي علي بن أبي هريرة، الوصية بجميع الكلاب الثلاثة ممضاة، وإن قل مال التركة، وعلى قول أبي سعيد الإصطخري: تصح الوصية في أحدها، إذا منع الورثة من جميعها.

فصل: والوصية بالميتة جائزة، لأن قد يدبغ جلدها، ويطعم بزاته لحماً. وكذلك الوصية بالروث، والزبل؛ لأنه قد ينتفع به في نخله وزرعه.

فأما الوصية بالخمر والخنزير، فباطلة؛ لأن الانتفاع بهما محرم. ولو أوصى بجرة فيها خمر. قال الشافعي ـ رحمه الله ـ أريق الخمر ودفعت إليه الجرة؛ لأن الجرة مباحة، والخمر حرام.

فأما الوصية بالحيات، والعقارب، وحشرات الأرض، والسباع والذباب: فباطلة، لأنه منفعة في جميعها.

فأما الوصية بالفيل، فإن كان منتفعاً به: فجائز، لجواز أن يبيعه، ويقوم في التركة، ويعتبر من الثلث. وإن كان غير منتفع به: فالوصية باطلة فأما الفهد، والنمر، والشاهين، والصقر فالوصية بذلك كله جائزة، لأنها جوارح ينتفع بصيدها وتقوم في التركة لجواز بيعها، وتعتبر في الثلث. وأما الوصية بما تصيده كلابه فباطلة: ، لأن الصيد، لمن صاده.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «أَعْطُوهُ طَبْلاً مِنْ طُبُولِي وَلَهُ طَبْلَانِ لِلْحَرْبِ

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٣).

وَاللَّهْوِ أَعْطَاهُ أَيَّهُمَا شعاءَ فَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ الَّذِي لِلَّهْوِ إِلَّا لِلضَّرْبِ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ أَنْ يُعْطُوهُ إِلَّا الَّذِي لِلْحَرْبِ».

قال في الحاوي: وأصل هذه المسائل أن الوصية بما لا منفعة فيه باطلة والوصية بما فيه على ثلاثة أضرب. منفعة مباحة، ومنفعة محظورة ومنفعة مشتركة بين الحظر والإباحة. فإن كانت المنفعة مباحة، جاز بيع ذلك، والوصية به. وإن كانت المنفعة محظورة: لم يجز بيعه ولا الوصية به. وإن كانت مشتركة: جاز بيعه والوصية به لأجل الإباحة، ونهى عن استعماله في الحظر. فإذا ثبت هذا: وأوصى له بطبل من طبوله، فإن لم يكن له إلا طبول الحرب، فالوصية به جائزة، لأن طبل الحرب مباح، ثم ينظر، فإن كان اسم الطبل ينطلق عليه بغير جلد، دفع إليه الطبل بغير الجلد. وإن كان لا ينطلق عليه الاسم إلا بالجلد: دفع إليه مع جلده. وإن كانت طبوله كلها طبول اللهو، فإن كانت لا تصلح إلا للهو فالوصية باطلة، لأن طبول اللهو محظورة. وإن كانت تصلح لغير اللهو في غير المنافع المباحة جازت الوصية بها. وإن كانت طبوله نوعين: طبول حرب، وطبول اللهو، فإن كانت طبول اللهو، لا تصلح لغير اللهو، لم يعط إلا طبل الحرب. وإن كانت طبول اللهو: تصلح لغيره من المباحات، كان الوارث بالخيار في إعطائه ما شاء من طبل لهو، أو حرب، لانطلاق الاسم عليها. إلا أن يدل كلامه على أحدهما، فيحمل عليه كقوله: أعطوه طبلاً للجهاد، أو الإرهاب، فلا يعطى إلا طبل الحرب. وإن قال طبلاً للفرح، والسرور: لم يعط إلا طبل اللهو. فأما الوصية بالدف العربي، فجائزة لورود الشرع بإباحة الضرب به في المناكح، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ قَالَ أَعْطُوهُ عُوداً مِنْ عِيدَانِي وَلَهُ عِيدَانُ يُضْرَبُ بِهَا وَعِيدَانُ قَسِيٍّ وَعِصِيٍّ فَالعُودُ الَّذِي يُوَاجِهُ بِهِ المُتَكَلِّمُ هُوَ الَّذِي يَضْرِبُ بِهِ فَإِنْ صَلُحَ لِغَيْرِ الضَّرْبِ جَازَ بِلَا وَتَرٍ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. إذا قال: أعطوه عوداً من عيداني، فمطلق هذا الاسم يتناول عيدان الضرب واللهو وعيدان القسي، والعصي فإن كان عود الضرب لا يصلح لغير الضرب واللهو، فالوصية به باطلة وإن كان لا يصلح لغير اللهو فالوصية به جائزة، ويعطى بغير وتر، لانطلاق الاسم عليه، وإن لم يكن عليه وتر ينظر. فإن كان لا يصلح لغير اللهو إلا بعد تفصيله وتخليعه، فصل وخلع، ثم دفع إليه. وإن كان يصلح لغير اللهو: لم يفصل: ودفع إليه غير مفصل.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَهَكَذَا المَزَامِيرُ».

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٣).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٦٣).

قال في الحاوي: يعني أنه إن كان لا يصلح إلا للهو: فالوصية باطلة. وإن كان يصلح لغير اللهو: فالوصية به جائزة. ثم الكلام في التفضيل على ما مضى. فأما الشبابة التي ينفخ فيها مع طبل الحرب، وفي الأسفار فالوصية بها جائزة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ قَالَ عُوداً مِنَ القَسِيِّ لَمْ يُعْطَ قَوْسَ نَدَافٍ وَلَا جَلَاهِقَ وَأَعْطَى مَعْمُولَةً أَيَّ قَوْسَ نِبْلٍ أَوْ نَشَابٍ أَوْ حَسَبَانٍ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. إذا أوصى لرجل بقوس من القسي، فمطلق القوس يتناول قوس السهام العربية دون قوس النداف.

والجلاهق الذي يرمي عنها البندق، فلا يعطى إلا قوس السهام العربية سواء أعطاه قوس نشاب وهي الفارسية، أو قوس نبل وهي العربية أو قوس حسان والخيار فيها إلى الوارث لاشتراك الاسم في جميعها، ولا يلزمه أن يدفع الوتر معه، لأنه يسمى قوساً بغير وتر، وهكذا لو أوصى له بدابة: لم يعط سرجها، أو عبد: لم يعط كسوته. فأما إن قال: أعطوه قوساً من قسي، وله قوس نداف، وقوس جلاهق: أعطى قوس الجلاهق التي يرمى عنها، لأنها أخص بالاسم. فإن لم يكن له إلا قوس ندف دفع إليه. ولو اقترن بكلامه ما يدل على مراده: عمل على ما دل عليه كلامه من القسي الثلاث، والله أعلم.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَتَجْعَلُ وَصِيَّتُهُ فِي الرِّقَابِ فِي المُكَاتِبِينَ وَلَا يُبْتَدَأُ مِنْهُ عِتْقٌ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا أوصى بثلثه في الرقاب، صرف في المكاتبين، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: يشتري به رقاب يعتقون. وأصل هذا اختلافهم في سهم الرقاب في الزكاة، هل ينصرف في العتق أو في المكاتبين. فمالك يقول: يصرفه في العتق. والشافعي وأبو حنيفة: يصرفانه في المكاتبين، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ﴾ [التّوبَة: ٦٠]. فأثبت ذلك لهم بلام الملك، والعبد لا يملك فيصرف إليه، والمكاتب يملك فوجب صرفه إليه، ولأنه مصروف في ذوي الحاجات، ولأن مال الزكاة مصروف لغير نفع عاجل يعود إلى ربه فلو صرف في العتق لعاد إليه الولاء.

فصل: فإذا تقرر أن سهم الرقاب في الزكاة يصرف إلى المكاتبين. وجب أن يكون سهام الرقاب في الوصية مصروفاً في المكاتبين، لأن مطلق الأسماء المشتركة محمولة على عرف الشرع المعتبر فيه.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٣).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٦٣).

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَا يَجُوزُ فِي أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثِ رِقَابٍ فَإِنْ نَقَص ضَمِنَ حِصَّةَ مَنْ تَرَكَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح؛ لأن الثلاثة أقل الجمع المطلق، فلم يجز أن يتصرف سهم الرقاب في أقل من ثلاث. وإن زاد على الثلاثة كان حسناً ولو اقتصر على الثلاقة مع وجود الزيادة أجزأ.

ولا يلزم أن يسوي بينهم في العطاء، وسواء كان مال الوصية من جنس كتابتهم، أو من غيره. والأولى أن يدفعه إلى سيد المكاتب بإذنه فإن دفعه إلى المكاتب دون سيده أجزأ. ولو أبرأه السيد بعد أخذه، وقبل استهلاكه، لم يسترجع منه في الوصية، واسترجع منه في الزكاة؛ لأن الوصايا يجوز دفعها إلى الأغنياء بخلاف الزكاة. فلو لم يجد من المكاتبين ثلاثة: دفع إلى من وجد منهم ولو واحداً. ولو وجد ثلاثة: لم يجز أن يقتصر على أقل منهم. فإن دفعه إلى اثنين مع وجود الثالث: ضمن حصته وفيها وجهان حكاهما أبو إسحاق المروزي:

أحدهما: يضمن الثلث، وقد أشار إليه الشافعي في الأم، لأن التفضيل جائز مع الاجتهاد، فإذا عدل عن الاجتهاد، لزم التسوية.

والثاني: يضمن قدر ما كان يؤديه اجتهاده إليه لو اجتهد، لأن القدر الذي تعدى فيه.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ ثَلَاثَ رِقَابٍ وَبَلَغَ أَقَلَّ رَقَبَتَيْنِ يَجِدْهُمَا ثَمَناً وَفَضَلَ فَضْلٍ جَعَلَ الرَّقَبَتَيْنِ أَكْثَرَ ثَمَناً حَتَّى يَعْتِقَ رَقَبَتَيْنِ وَلَا يَفْضُلُ شَيْئاً لَا يَبْلُغُ قِيمَةَ رَقَبَةٍ».

قال في الحاوي: وهذه مسألة أغفل المزني صورتها، ونقل جوابها، وقد ذكرها الشافعي نصاً في الأم. وصورتها في رجل قال: أعتقوا بثلثي رقاباً. أو قال حرروا بثلثي رقاباً. فهذا يشتري بثلثه رقاب يعتقون عنه ولا يصرف في المكاتبين، لأن ذكر العتق والتحرر صرفه عنهم.

وأقل ما يشترى به ثلاث رقاب إذا أمكنوا. اعتباراً بأقل الجمع فإن اتسع للزيادة على الثلاث: اشترى به ما بلغوا، ولا يقتصر على الثلاث مع إمكان الزيادة بخلاف صرفه في المكاتبين حيث جاز الاختصار على الثلاثة مع إمكان الزيادة؛ لأنه يجوز أن يعطى الواحد من المكاتبين قليلاً أو كثيراً، ولا يجوز في عتق الرقبة أن يزيد على ثمنها ولا

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٣).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٦٣، ١٦٤).

يتقص منه. فإن لم يبلغ مال الوصية ثمن ثلاث رقاب صرفه في رقبتين: فإن فضل من الرقبتين، ليكون أكثرهما ثمناً، فتكون أكثر ثواباً. وإن كان يقدر بالفضلة على بعض ثالثة، ففيه وجهان، حكاهما أبو إسحاق المروزي:

أحدهما: أنه يشتري بالفضلة بعض ثالثة، لأن ذلك أقرب إلى الثلاث الكاملة.

والثاني: وهو الظاهر من كلام الشافعي أنها تزد في ثمن الرقبتين؛ لأن النبي ﷺ سئل عن أفضل الرقاب فقال: «أكثرها ثمناً، وأنفسها عند أهلها»(١). ولأن في تبعيض الرقبة في العتق، إدخال ضرر على الرقبة، وعلى مالك الرقبة فيها، فكان رفع الضرر أولى. وأما إن اتسع الثلث لأكثر من ثلاث رقاب، فاستكثار العدد مع استرخاص الثمن أولى من إقلال العدد مع استكثار الثمن وجهاً واحداً، لقوله ﷺ: «من أعتق رقبة، أعتق الله بكل عضو منها، عضواً منه من النار، حتى الذكر بالذكر، والفرج بالفرج»(٢).

مسألة(٣):

قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -: «وَيُجْزِىءُ صَغِيرُهَا وَكَبِيرُهَا».

قال في الحاوي: وهذا كما قال. إذا أوصى أن يصرف ثلث ماله في عتق الرقاب، جاز أن يعتق عنه الذكور والإناث وفي إعتاق الخناثى وجهان: وجاز أن يعتق عنه الصغار والكبار، لانطلاق الاسم على جميعهم. وفي جواز عتق من لا يجزىء في الكفارة من الكبار، والزمنى وجهان: تخرجا من اختلاف القولين في نذر الهدى، هل يلزم فيه ما يجوز في الأضاحي؟

أحدهما : يلزم، فعلى هذا، لا يجزئه إلا عتق من هي سليمة من العيوب المضرة.

والثاني: لا يلزم: ويجوز أن يهدي كل مال، فعلى هذا يجزئه عتق الكافرة، والمؤمنة.

فصل: وإذا أوصى أن يعتق بثلث ماله رقاب، أو اشترى بثلث ماله رقاباً، وأعتقوا ثم ظهر عليه دين يستوعب التركة، نظر في الرقاب، فإن كانوا قد اشتروا بعين الثلث: بطل الشراء لاستحقاق الثمن في الدين، ورد العتق لعدم الملك، وإن كانوا قد اشتروا في ذمة الوارث، لا بعين المال من الثلث نفذ عتقهم على الوارث، لثبوت الشراء في ذمته، ولزومه صرف الثلث في الدين.

فصل: وإذا أوصى بعتق عبد بألف درهم، فكان الثلث خمسمائة درهم، اشترى بها عبداً وأعتق عنه.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥١٨)، ومسلم (١٣٦/ ٨٤).

(٢) أخرجه البخاري (٦٧١٥)، ومسلم (٢٣/ ١٥٠٩)، وأبو داود (٣٩٦٦)، والترمذي (١٥٤١)، وأحمد (٢/ ٤٢٠).

(٣) انظر الأم (٣/ ١٦٤).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يعتق عنه بأقل من الألف، ويكون عجز الثلث عنها مبطلاً للوصية بالعتق، لأنه جعل الألف صفة في العتق مع العجز لعدم الصفة، وصار كقوله: أعتقوا عبدي الأسود، فإذا عدم الأسود، لم يجز أن يعتق غيره للوصية بالعتق، لأنه جعل الألف صفة في العتق فلم يصح العتق مع العجز لعدم الصفة وصار كقوله: أعتقوا عبدي الأسود، فإذا عدم الأسود، لم يجز أن يعتق غيره. وهذا فاسد، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[(١)].

ولأنها وصية إذا عجز الثلث عنها، لم يسقط حكم ما احتمله منها، قياساً على سائر الوصايا؛ ولأن العتق إذا ضاق الثلث عن احتمال جميعه، رد إلى ما احتمله الثلث من أجزائه، كالوصية بعتيق عبد بعينه، ولم يذكر للألف صفة، فتكون شرطاً، وإنما ذكرها قدراً وجعلها في العتق حداً.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ وَلَمْ يَكُنْ حَجَّ حِجَّةَ الإِسْلَامِ فَإِنْ بَلَغَ ثُلُثُهُ حَجَّةً مِنَ بَلَدِهِ أَحَجَّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ مِنْ حَيْثُ بَلَغَ. قَالَ المُزَنِيُّ: ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ وَالَّذِي يُشْبِهُ قَوْلَهُ أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ؛ لأَنَّهُ فِي قَوْلِهِ دَيْنٌ عَلَيْهِ».

قال في الحاوي: وجملة ذلك أن للميت في الحج عنه حالتين:

حالة يوصي به، وحالة لا يوصي به، فإن لم يوص به، فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون عليه حج واجب، أو لا حج عليه، فإن لم يكن عليه حج. لم يجز أن يتطوع عنه بالحج. وإن كان عليه حجة الإسلام، فمات قبل أن يوصي بها، فواجب أن يحج عنه من رأس ماله بأقل ما يوجد من ميقات بلده، وكذلك يخرج عنه من رأس ما وجب عليه من زكاة وكفارات وإن لم يوص بها.

وقال أبو حنيفة: لا يصح الحج عنه، ولا الزكاة، إلا بوصية منه، وهذا فاسد، لما ذكرناه في الحج، ولأن ما تعلق وجوبه بالمال، لزم أداؤه عنه، وإذا لزم أداؤه عنه، فمن رأس المال كالديون. ويخرج منه أجرة المثل من الميقات، لا من بلده، وإن كانت استطاعته من بلده شرطاً من وجوب، لأنه إذا كان حياً، لزم أدواة بنفسه فصارت بعض المسافة معتبرة في استطاعته فإذا مات، لم يتعين في النائب عنه أن يكون من بلده، وإنما لزم أن يؤتى بالحج من ميقات بلده، فلذلك اعتبر أجرة المثل من ميقات بلده.

فصل: وإن أوصى أن يحج عنه فلا يخلو حاله من أحد أمرين.

---

(١) أخرجه البخاري (٧٢٨٨)، ومسلم (٤١٢/ ١٣٣٧)، وأحمد (٢/ ٤٢٨، ٥٠٨)، والنسائي (٢٦١٩)، والدارقطني (٢/ ٢٨١).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٦٤).

إما أن يكون حج أو ليس عليه حج فإن كان عليه حج فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يجعل الحج من رأس ماله فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يذكر قدر ما يحج به عنه.

والثاني: أن لا يذكر فإن لم يذكر قدر ما يحج به عنه أخرج عنه من رأس ماله قدر أجرة المثل من ميقات بلده ولا يستفاد بوصيته إلا للإذكار والتأكيد وإن ذكر قدر ما يحج به عنه فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون قدر أجرة المثل في الميقات فيخرج ذلك من رأس ماله.

والثاني: أن يكون أقل من أجرة المثل من ميقات بلده ولا يستفاد بوصيته وإن وجد من يحج به وإلا تمم من أجرة المثل وكان جميعه من رأس المال.

والثالث: أن يكون أكثر من أجرة المثل من الميقات فتكون الزيادة على أجرة المثل وصية في الثلث لا تجوز أن يدفع إلى وارث وإن تراجع عينه، لأنه لا وصية لوارث فهذا حكم القسم الأول إذا جعل الحج من رأس ماله.

فصل: والقسم الثاني: أن يوصي بالحج من ثلثه. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يجعل كل الثلث مصروفاً إلى الحجة الواجبة، فهذا يحج عنه بالثلث من بلده إن أمكن، ولا يجوز أن يدفع إلى وارث إن زاد على أجرة المثل، ويجوز أن يدفع إليه إن لم يزد، فإن عجز الثلث عن الحج من بلده: أحج به عنه من حيث أمكن من طريقه. فإن عجز إلا من ميقات البلد أحج به عنه من ميقات بلده.

فإن عجز عن الحج من ميقات بلده وجب إتمام أجرة المثل ميقات بلده من رأس المال، فصار فيها دور، لأن ما يتمم به أجرة المثل من رأس ماله يقتضي نقصان ثلث المال مثاله:

أن يكون ماله مائة درهم، وأجرة المثل أربعون درهماً، فإن أردت أن تعرف قدر الثلث وقدر ما يتم به الثلث من رأس المال أسقطت من المال قدر أجرة المثل وذلك أربعون درهماً يكون الباقي ستين درهماً ثم زدت عليه مثل نصفه فيصير تسعين درهماً، فهو المال الباقي بعدما أخذ تمام الثلث، فإذا أخذت ثلثه، كان ثلاثين درهماً، وضممت إليه العشرة الباقية من المائة صارت أربعين درهماً، هي قدر أجرة المثل، فمنها ثلاثون درهماً هي ثلث المال، وعشرة دراهم من رأس المال وعرضه.

والثاني: أن لا يجعل كل الثلث مصروفاً إلى الحج بل يقول أحجوا عني من ثلثي رجلاً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يذكر قدراً كأنه قال: أحجوا رجلاً بمائة درهم. فلا يزاد عليها إن وجد، ويستأجر من يحج بها من حيث أمكن من بلده، أو من ميقاته. وإن لم يوجد من يحج بها من ميقاته: وجب إتمامها من رأس المال، لا من ثلثه، لأنه القدر الذي جعله

في الثلث: هو المائة، لا ما زاد عليها.

والثاني: أن لا يذكر القدر فيخرج من ثلثه قدر أجرة المثل. ثم فيها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، والظاهر من كلام الشافعي أجرة المثل من بلد الموصي، لأن الوصية في الثلث تقتضي الكمال.

والثاني: أجرة مثل الميقات، كما لو جعله من رأس المال، وما يزاد عليه تطوع لا يخرج إلا بالنص.

فإن عجز الثلث عن جميع الأجرة تمم جميعاً مثل أجرة الميقات من رأس المال. فلو كان في الثلث مع الحج عطايا ووصايا، ففي تقديم الحج على الوصايا وجهان حكاهما أبو إسحاق المروزي:

أحدهما: يقدم على الحج على جميع الوصايا في الثلث، لأنه مصروف في فرض، ثم يصرف ما فضل بعد الحج في أهل الوصايا.

والثاني: أن يسقط الثلث بين الحج، والوصايا بالحصص، لأن الحج وإن وجب فحمله في الثلث، فساوى في الثلث أهل الوصايا، ثم تمم أجرة المثل من رأس المال.

وعلى هذين الوجهين: لو كانت عليه ديون واجبة، وأوصى بقضائها من ثلثه، ففيه وجهان:

أحدهما: يقدمون على أهل الوصايا.

والثاني: يحاصونهم، ثم يستكملون الوصايا من رأس المال. فهذا حكم القسم الثاني، إذا جعله من ثلثه.

فصل: والقسم الثالث: أن يطلق الوصية بالحج، فلا يجعله في الثلث ولا من رأس المال، فالذي نص عليه الشافعي في المناسك في كتابه الجديد أنه يحج عنه من رأس المال. وقال في هذا الموضع من الوصايا بالحج عنه من ثلثه فاختلف أصحابنا: فكان أبو الطيب بن سلمة، وأبو حفص بن الوكيل يخرجان ذلك على قولين:

أحدهما: يكون من رأس المال كما لو يوص به، لوجوبه كالديون.

والثاني: أنه يكون من الثلث، ليستفاد بالوصية، ما لم يكن مستفاداً بغيرها. وقال أبو علي بن خيران: ليس هذا على الاختلاف قولين، بل الحكم على حالين، فالذي جعله في الثلث هو أجرة مثل السير من بلده إلى الميقات والذي جعله من رأس المال، هو أجرة المثل من الميقات. وقال أبو إسحاق المروزي: وقال أبو علي بن أبي هريرة: إنه يكون ذلك من رأس المال قولاً واحداً. والذي قاله هاهنا أنه يكون في الثلث إذا صرح بأنه في الثلث توفيراً عى ورثته. ألا تراه قال: فإن لم يبلغ، تمم من رأس المال. فإن قلنا: إنه يكون من رأس المال: أحج عنه من ميقات بلده. وإن قلنا: يكون من الثلث، فعلى وجهين:

أحدهما: من بلده، **والثاني**: من ميقات بلده.

والذي قاله هاهنا إذا كان الحج واجباً، وسواء كان حج الإسلام، أو نذراً أو قضاء. ومن أصحابنا من فرق بين حجة النذر وغيرها. فجعل حجة النذر في الثلث؛ لأنه تطوع بإيجابها على نفسه، وسوى الأكثرون بينها وبين الواجبات.

فصل: ولو كان ما أوصى به عنه من الحج تطوعاً، ففيه قولان:

أحدهما: أن الوصية باطلة.

والثاني: جائزة.

فإذا قيل ببطلان الوصية: كان الحج عن الأجير، لا عن المستأجر عنه، وفي استحقاقه للأجر قولان:

فإذا قيل بجواز الوصية، نظر مخرج كلامه فيها، فله فيه أربعة أحوال:

أحدها: أن يقول أحجوا عني بمائة درهم من الثلث.

والثاني: أن يقول أحجوا عني بما اتسع له الحج من الثلث.

والثالث: أن يقول: أحجوا عني بالثلث.

والرابع: أن يقول أحجوا عني.

فأما الحال الأول: وهو أن يقول: أحجوا عني بمائة درهم من الثلث فلا يزاد عليها، ولا ينقص، مع احتمال الثلث لها. ثم لا يخلو إما أن يسمى من يحج بها، أو لا يسميه، فإن لم يسميه: دفعت إلى من يحج بها واحداً من أفضل ما يوجد، ثم لا تخلو المائة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بقدر أجرة المثل، إما من بلده، أو من الميقات، فتدفع إلى وارث، أو غير وارث، لأنها وإن كانت في الثلث وصية، فهي في مقابلة عمل، فلم تصر له وصية وصارت كالموصي يشتري عبداً يعتق عنه، جاز أن يشتري من الوارث، وإن كان ثمنه في الثلث، لأنه في مقابلة بدل.

والقسم الثاني: أن يكون بقدر أجرة المثل، فتدفع إلى أجنبي، ولا يجوز أن تدفع إلى وارث، لأن فيها وصية بالزيادة.

والقسم الثالث: أن يكون أقل من أجرة المثل. فإن وجد من يحج عنه أحججناه، وارثاً كان، أو غير وارث، فإن لم يوجد من يحج بها، بطلت الوصية بالحج، وعادت ميراثاً، ولم يزد في الثلث على أهل الوصايا، كمن أوصى بمال لرجل، فرد الوصية، عادت إلى الورثة، دون أهل الوصايا.

وإن سمى من يحج بها بمائة لم يعدل بها عنه إلى غيره، مع إمكان دفعها إليه. ثم لا تخلو حالها من ثلاث أقسام:

أحدها: أن يكون بقدر أجرة المثل فتدفع إلى المسمى لها، وارثاً كان، أو غير وارث، فإن لم يقبلها المسمى بها، دفعت حينئذٍ إلى غيره.

والثاني: أن يكون أكثر من أجرة المثل فلا يخلو المسمى لها من أن يكون وارثاً أو غير وارث. فإن كان وارثاً: فالزيادة على أجرة المثل وصية يمنع منها الوارث، فإن وصى بأجرة المثل منها: دفعت إليها دون غير وردت الزيادة على الورثة. وإن لم يرض إلا بالمائة كلها، منع منها، ولم يجز أن تدفع إليه لما فيها من الوصية لها، وعدل إلى غيره بأجرة المثل دون المائة، لأن الزيادة على أجرة المثل وصية بمسمى، ويعود الباقي ميراثاً. وإن كان المسمى غير وارث دفعت إليه المائة إن قبلها، وإن لم يقبلها عدل إلى غيره بأجرة المثل، وعادت الزيادة عليها ميراثاً.

والثالث: أن تكون المائة أقل من أجرة المثل، فإن قنع المسمى بها، دفعت إليه، وارثاً كان أو غير وارث. وإن لم يقنع بها، ووجد غيره مما يقنع بها، دفعت إليه، لأنه ليس فيها وصية للمسمى فتبطل بالعدول. وإن لم يوجد من يحج عادت ميراثاً، ولم يرجع إلى الثلث. فأما إن عجز الثلث عن احتمال المائة كلها: أخرج منها قدر ما احتمله الثلث فيصير هو القدر الموصى به، فيكون على ما مضى.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يقول: أحجوا عني بثلثي، فلا يجوز أن يصرف الثلث، إلا في حجة واحدة، وإن اتسع لغيرها، لأنه عين عليها فتصير كالوصية بمائة درهم، في أن يسمى من يحج عنه، أو يسميه فتكون على ما مضى من التقسيم والجواب.

فإن أمكن أن يحج عنه بالثلث من بلده، لم يجز أن يقتصر بالحج عنه من ميقاته، وإن قصر عنه الثلث، فمن حيث أمكن، حتى ينتهي إلى الميقات، فإن قصر عن الميقات، ولم يوجد من يحج به بطلت الوصية وعادت ميراثاً.

فصل: وأما الحالة الثالثة: وهو أن يقول: أحجوا عني بثلثي حجاً فيصرف الثلث فيما اتسع من الحج، ولا يقتصر على حجة واحدة، مع اتساعه لأكثر منها، ولا يزاد أحد على أجرة مثله من بلد الموصي، لا من ميقاته، لأن كل ذلك تطوع، فاعتبر فيه أكمل الأحوال.

فإن اتسع الثلث لثلاث حجج، فاقتصر في صرفه على حجتين ضمن الموصي الحجة الثالثة في ماله، فلو اتسع الثلث لحجتين، وفضلت فضلة، لم تتسع لحجة ثالثة من بلده، نظر فيها. فإن أمكن أن يحج بها عنه من ميقاته صرفت في حجة من الميقات، وإن لم يمكن أن يصرف من الميقات وإلا ردت على الورثة ميراثاً، ولم يزد على الحجتين بخلاف الفاضل عن ثمن الرقبتين، لأن أثمان الرقاب تختلف، فردت الفضلة في أثمانها لوفور الأجر بتوافر أثمانها وأجور الحج غير مختلفة. فلو أمكن صرف الفضلة في عمرة: لم تصرف فيها، لأن الوصية في الحج، لا من العمرة.

فصل: وأما الحال الرابعة: وهو أن يقول: أحجوا عني ولا يذكر بكم، فيحج عنه حجة واحدة، بأجرة المثل من بلده، لا من ميقاته، إن احتمل الثلث ذلك. وإن لم يحتمل، فمن حيث احتمل الثلث ذلك من الميقات، وإن لم يحتمل حجة من الميقات:

بطلت الوصية، وعادت ميراثاً.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ قَالَ: أَحِجُّوا عَنِّي رَجُلاً بِمِائَةِ دِرْهَم وَأَعْطُوا مَا بَقِي مِنْ ثُلُثَي فُلَاناً وَأَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ نِصْفُ الثُّلُثِ وَلِلْحَاجِّ وَالمُوصَى لَهُ بِمَا بَقِي مِنَ الثُّلُثِ، نِصْفُ الثُّلُثِ وَيَحُجُّ عَنْهُ رَجُلٌ بِمِائَةٍ».

قال في الحاوي: وصورتها من رجل قال في وصيته: أحجوا عني رجلاً بمائة درهم، وأعطوا ما بقي من ثلثي فلاناً، وأوصى بثلث ماله لرجل ثالث. فهذا رجل قد أوصى بثلثي ماله. فإن أجاز الورثة ذلك دفع إلى الموصى له بالثلث ثلث المال كاملاً ولا يشاركه فيه أحد، ودفع الثلث الآخر مائة درهم، إلى الموصى له بالثلث ثلث المال كاملاً، ولا يشاركه فيه أحد، ودفع الثلث الآخر مائة درهم، إلى الموصى له بالحج، بالثلث ولا يشاركه فيه أحد. فإن بقيت من الثلث بعد ذلك رقبة: دفعت إلى الموصى له بما بقي من الثلث، وسواء قلت النفقة أو كثرت.

فإن لم يبق من الثلث بعد المائة شيء، فلا شيء إلى الموصى له بما بقي، لأنه لم يبق منه شيء. فهذا حكم الوصية إذا أجازها الورثة. فأما إذا لم يجزها: ردت الوصايا كلها إلى الثلث: ثم نظر: فإن كان الثلث مائة درهم فما دون، فلا شيء للموصى له بما بقي من الثلث. وانقسم الثلث الموصى له بالمائة بالحج، والموصى له بالثلث نصفين، يتعادلان فيه، كما يتعادل أهل الوصايا، إذا ضاق الثلث عنها: فإن لم يجد بما احتمله الثلث من المائة من يحج عنه، عادت ميراثاً، ولم تعد على الموصى له بالثلث، ولا على الموصى له، بما بقي من الثلث. وإن كان الثلث أكثر من مائة درهم، فإن الموصى له بالمائة في الحج، والموصى له بما بقي من الثلث، يعادلان الموصى له بالثلث، وإحدى الوصيتين تعادل الأخرى فيقسم الثلث بينهما نصفين، أو أعطى الموصى له بالثلث نصفه. وهو السدس ودخل عليه من نقص العول: نصف وصيته، لأن وصيته، رجعت إلى نصفها. وأما النصف الآخر من الثلث ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من كلام الشافعي[٢]، وبه قال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة، يقدم فيه الموصى له بالمائة في الحج، على الموصى له بما بقي من الثلث حتى يستوفي مائة، ثم يأخذ الآخر بقيته؛ لأن الوصية بما بقي بعد المائة، لا تستحق قبل كمال المائة لاستحالتها فعاد صاحب الثلث به توفيراً على صاحب المائة، بما يعاد الجد بالأخوة من الأب، توفيراً على الأخ من الأب والأم.

فعلى هذا: إن كان نصف الثلث، مائة درهم فما دون، أخذه الموصى له بالمائة، ولا شيء للموصى له بما بقي.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٤).

(٢) انظر الأم (٤/ ٢٣).

وإن كان نصف الثلث أكثر من مائة درهم، أخذ منه الموصى له بالمائة، مائة درهم كاملة، وأخذ الموصى له بما بقي الفاضل على المائة بالغاً ما بلغ.

والثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج: أن الموصى له بالمائة والحج، والموصى له بما بقي من الثلث يتعادلان فيه.

وإن كان من الثلث مائتي درهم: فهما متساويان فيه لو كمل. وإذا عاد الثلث الذي جعل لهما إلى نصفه، وهو مائة درهم جعلت المائة بينهما نصفين، ليكونا فيه متساويين.

ولو كان الثلث، مائة وخمسين درهماً، فللموصى له بالمائة مثل ما للموصى له بما بقي فيكون نصف الثلث وخمسة وسبعون درهماً بينهما على ثلاثة، للموصى له بالمائة، نصف ما كان يأخذه من الثلث، وهو خمسون درهماً. وللموصى له بما بقي: نصف ما كان يأخذه من الثلث، وهو خمسة وعشرون درهماً. وإن كان الثلث ثلاثمائة: كان للموصى له بما بقي ثلثي ما للموصى له بالمائة، فيكون نصف الثلث، وهو مائة وخمسون درهماً وللموصى له بما بقي وهو مائة درهم.

ولو كان الثلث أربعمائة درهم: كان للموصى له بما بقي ثلاثة أرباع فيكون نصف الثلث وهو مائتا درهم بينهما على أربعة أسهم.

فللموصى له بالمائة ربع ما كان يأخذه وهو مائة وخمسون. وللموصى له بما بقي ثلاثة أرباع ما كان يأخذه وهو مائة وخمسون. ثم على هذا القياس. هذا فيما زاد أو نقص. وهذا أصح الوجهين، لأنه إنما أوصى بالمائة لصاحب المال من كل الثلث، لا من بعضه، فلم يجز أن يأخذ نصف الثلث ما كان يأخذه من جميعه.

فصل: فأما إذا ابتدأ بالوصية بثلث ماله لرجل. ثم أوصى بأن يحج عنه رجل بمائة درهم، ثم أوصى بالباقي من ثلثه لآخر. فقد اختلف أصحابنا في الموصى له بالباقي في هذا المسألة على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنها باطلة؛ لأن تقدم الوصية بالثلث، يمنع أن يبقى شيء من الثلث.

فعلى هذا: إن أجاز الوصية الورثة بالثلث وبالمائة: إمضاء. وإن لم يجيزوها: ردا إلى الثلث، وتعادل فيه صاحب الثلث والموصى له بالمائة، ثم ينظر قدر الثلث، فإن كان مائة درهم، فقد تساوت وصيتهما، فيقتسمان الثلث بينهما نصفين.

وإن كان الثلث، خمسمائة درهم، كان الثلث مقسوماً بينهما على ستة أسهم، للموصى له بالثلث خمسة أسهم، وللموصى له بالمائة سهم.

والثاني: وهو قول ابن أبي هريرة، أن الجواب في هذه المسألة إذا قدم الوصية بالثلث، كالجواب في المسألة الأولى، إذا أخر الوصية بالثلث؛ لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث، علم أنه لم يرد ذلك الثلث، لأن الوصية الأولى قد استوعبته، ولولا ذلك، لبطلت الوصية بالمائة، وإنما أراد ثلثاً ثانياً.

فإذا أوصى بعد المائة بما بقي من الثلث دل على أنه أراد ما بقي من الثلث الثاني وصار موصياً بثلثي ماله فإذا امتنع الورثة من إجازته، رد الثلثان إلى الثلث فجعل نصف الثلث لصاحب الثلث، وكان النصف الآخر بين الموصى له بالمائة وبين الموصى له بالباقي على ما مضى من الوجهين.

فصل: وإذا أوصى بعبده لرجل، وأوصى بباقي الثلث لآخر قوم العبد بعد موت الموصي، فإن كانت قيمته الثلث فصاعداً فالوصية بالباقي من الثلث باطلة.

وإن كانت قيمته أقل من الثلث، مثل أن يكون قيمة العبد ألف درهم والثلث ألف وخمسمائة، فالوصية بالباقي من الثلث جائزة وقدرها خمسمائة درهم. فلو نقصت قيمة العبد بعد ذلك عن الألف مثل أن يصير أعود فيساوي بعد عوره سبعمائة، فلا يزاد الموصى له بالباقي على الخمسمائة التي كانت قيمة الثلث بعد قيمة العبد سليماً عند الموت ولا يحتسب للعبد في الثلث إذا كان عوره بعض قبض الموصى له إلا سبعمائة، ويكون نقصه بالعور، كالشيء التالف من التركة.

وعلى هذا: لو زادت قيمة العبد على الألف بعد الموت وقبل قبض الموصى له حتى صار يساوي ألف درهم ومائتي درهم، لم ينقص الموصى له بالباقي عن الخمسمائة التي كانت بقية الثلث من قيمة العبد بعد موت الموصي فلو مات العبد بعد موت الموصي، وقبل قبض الموصى له: لم تبطل الوصية بباقي الثلث، وقوم العبد حياً عند موت الموصي، ولو مات الموصى له في حياة الموصي، بطلت الوصية به.

فأما الوصية بالباقي من الثلث بعد موت العبد فينظر: فإن جوز أن ينتهي قيمة العبد إن كان حياً إلى استغراق الثلث: صار الوصية بالباقي من الثلث باطلة، لترددها بين الثبوت والإسقاط.

وإن علم قطعاً أن قيمته لا تجوز أن تستغرق الثلث: كانت الوصية بالباقي من الثلث جائزة، ورجع فيها إلى قول الوارث مع يمينه إن توزع، وبالله التوفيق.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ أَوْصَى بِأَمَةٍ لِزَوْجِهَا وَهُوَ حُرٌّ فَلَمْ يَعْلَمْ حَتَّى وَضَعَتْ لَهُ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهَا أَوْلَاداً فَإِنْ قَبِلَ عُتِقُوا وَلَمْ تَكُنْ أُمُّهُمْ أُمَّ وَلَدٍ حَتَّى تَلِدَ مِنْهُ بَعْدَ قُبُولِهِ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ؛ لأَنَّ الوَطْءَ قَبْلَ القَبُولِ وَطْءُ نِكَاحٍ وَوَطْءَ القَبُولِ وَطْءُ مِلْكٍ».

قال في الحاوي: اعلم أن لهذه المسألة ثلاث مقدمات لا يصح جوابها إلا بتقرير مقدماتها:

أحدها: الحمل هل يكون له حكم يختص به؟ أو يكون تبعاً لا يختص بحكم وفيه قولان:

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٤).

أحدهما: أن له حكماً مخصوصاً، ويصح أن يكون معلوماً، وأن الحامل إذا بيعت يقسط الثمن عليها، وعلى الحمل المستجد في بطنها، لأنه لما صح أن يعتق الحمل فلا يسري إلى أم ويوصى به لغير مالك الأم، دل على اختصاصه بالحكم وتمييزه عن الأم.

والثاني: أن الحمل يكون تبعاً لا يختص بحكم ولا يكون معلوماً؛ لأنه لما سرى عتق الأم إليه صار تبعاً لها كأعصابها، ولما جاز أن يكون موجوداً أو معدوماً: لم يجز أن يكون معلوماً فهذه مقدمة.

والثانية: وهي أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر لا يجوز أن يحيى ولد وضع لأقل من ستة أشهر اعتباراً بالعرف المعهود ثم بالنص الوارد. قال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥].

فلما كان الفصال حولين كاملين، دل على أن الستة الأشهر الباقية هي أقل مدة الحمل. فإن ولدت زوجة رجل لأقل من ستة أشهر من عقد نكاحها، وولدت أمة لأقل من ستة أشهر من وطء سيدها: كان الولد منتفياً عنه، وغير لاحق به.

والثالثة: ملك الوصية متى يحصل للموص له، ويدخل في ملكه؟ وفيه قولان منصوصان:

أحدهما: أنه يملك الوصية بالقبول. واختلف أصحابنا فيما قبل القبول وبعد الموت، على هذا القول، هل تكون باقية على ملك الموصي، أو داخلة في ملك الورثة على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج وأكثر البصريين، أن ملك الوصية منتقل عن الميت إلى ورثته، ثم بالقبول يدخل في ملك الموصى له لزوال ملك الموصي بالموت.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأكثر البغداديين أن الوصية باقية على ملك الموصي بعد موته حتى يقبلها الموصى له فتدخل في ملكه بقبوله، وتنتقل إليه عن الموصي، لأن الوصية تملك عنه كالميراث. ووجه هذا القول، بأن الوصية تملك بالقبول هو أنها عطية فلم يجز أن يتقدم الملك على قبولها كالهبات. قال الشافعي: «وهذا قول ينكسر».

والثاني: وهو أصحهما أن القبول يدل على حصول الملك بالموت، فيكون الملك موقوفاً، فإن قبل حمل على تقدم ملكه. وإن لم يقبل دل على عدم ملكه. ووجه هذا القول: هو أنه لما امتنع أن يبقى للميت ملك. وأن الوارث لا يملك الإرث، اقتضى أن يكون الملك موقوفاً على قبول الموصى له ورده وحقه في القبول باق، ما لم يعلم.

فإن علم، فإن كان عند إنقاذ الوصايا، وقسمة التركة فقبوله على الفور فأقبل، وإلا بطل حقه في الوصية، فأما بعد علمه، وقبل إنفاذ الوصايا وقسمة التركة، فمذهب الشافعي وقول جمهور أصحابه، أن القبول فيه على التراخي، لا على الفور. فيكون ممتداً ما لم

يصرح بالرد، حتى تنفذ الوصايا، وتقسم التركة، لأنه لما لم يعتبر القبول مع الوصية، اعتبر نفاذ الوصية.

وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا أن القبول بعد علمه على الفور، لأنها عطية كالهبات. وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعي قولاً ثالثاً أن الوصية تدخل في ملك الموصى له بغير قبول ولا اختيار، الميراث. فاختلف أصحابنا في تخريجه قولاً ثالثاً للشافعي. فخرجه أبو علي بن أبي هريرة وأكثر المتأخرين من أصحابنا قولاً ثالثاً تعليلاً بالميراث، وامتنع أبو إسحاق المروزي، وأكثر المتقدمين من أصحابنا من تخريجه قولاً ثالثاً، وتأولوا رواية ابن عبد الحكم بأحد تأويلين: إما حكاية عن مذهب غيره، وإما على معنى أنه بالقبول يعلم دخولها بالموت في ملكه. وفرقوا بين الوصية والميراث، بأن الميراث عطية من الله تعالى، فلم يراع فيها القبول. والوصية عطية من آدمي، فروعي فيها القبول. فهذه مقدمات المسألة.

فصل: فإذا تقررت المقدمات، فصورة المسألة في رجل تزوج أمة رجل ثم أوصى السيد بها للزوج. فلا يخلو حال الزوج من أن يقبل الوصية بها بعد موت الموصي أو يرد، فإن رد الوصية ولم يقبلها: فالنكاح بحاله والأمة ملك لورثة الموصي وأولادها موقوفون لهم. فإن قبل الوصية فلا يخلو حالها من أن تأتي بولد، أو لا تأتي بولد، أو لا تأت فإن لم تأت بولد فالنكاح قد بطل بالملك، لأن النكاح والملك تتنافى أحكامهما، فلم يجتمعا، وغلب حكم الملك، لأنه أقوى.

فإن قيل بالقبول قد ملك: انفسخ نكاحها حين القبول، وكان الوطء قبله وطئاً في نكاح، وبعده وطئاً في ملك، ولا استبراء عليه بحدوث الملك، لأنها لم تزل فراشاً له. فإن قيل القبول يبنى عن ملك سابق من حين الموت، انفسخ نكاحها حين الموت، وكان وطئه قبل الموت وطئاً في نكاح وبعد الموت وطئاً في ملك. فإن قيل فلم قال الشافعي، على هذا القول، لأن الوطء قبل القبول وطء نكاح وبعد القبول وطء ملك وهو قبل القبول وبعده وطء ملك. وإذا كان بعد الموت؟ ففيه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه غلط من المزني في النقل.

والثاني: أنه منقول من القول الأول أنه بالقبول يملك.

والثالث: أن معناه أن الوطء قبل زمان القبول وطء نكاح يعني قبل الموت.

فصل: وإن أتت بولد. فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تضعه قبل موت الموصي.

والثاني: أن تضعه بعد موت الموصي، وقبل قبول الموصى له.

والثالث: أن تضعه بعد قبول الموصى له.

فأما الأول: وهو أن تضعه قبل موت الموصي فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون موجوداً عند الوصية.

والثاني: أن يكون حادثاً بعدها.

فإن كان موجوداً عند الوصية، مثل أن تضعه لأقل من ستة أشهر من حين الوصية، ففيه قولان من اختلاف قوليه في الحمل هل له حكم أم لا؟ فإن قيل لا حكم له: فالولد مملوك للموصي ومنتقل عنه إلى ورثته وإن قيل للحمل حكم فهو للموصى له، وكأن الموصي وصى له بالأم والولد، ثم قد أعتق الولد عليه بالملك، وصار له ولاؤه.

ولا تصير أمه به أم ولد، لأنها ولدته من نكاح. ويعتبر في الثلث قيمة كل واحد من الأم والولد يوم موت الموصي. وإن كان حادثاً بعد الوصية، مثل أن تضعه لستة أشهر فصاعداً من حين الوصية فهو مملوك للموصي قولاً واحداً ومنتقل عنه إلى ورثته.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن تضعه بعد الموت الموصي وقبل قبول الموصى له فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون موجوداً عند الوصية.

والثاني: أن يكون حادثاً بعد الوصية وقبل موت الموصي.

والثالث: أن يكون حادثاً بعد موت الموصي، وقبل قبول الموصى له. فإن كان موجوداً عند الوصية: فهو أن تضعه لأقل من ستة أشهر من حين الوصية ففيه قولان بناء على اختلاف قوليه في الحمل هل له حكم أم لا؟

فإن قلنا: للحمل حكم: فالوصية بهما معاً، وفيما تقوم عليه وجهان حكاهما ابن سريج.

أحدهما: تقوم عليه الأمة حاملاً، يوم موت الموصي، فإن خرجت قيمتها كلها من الثلث: صحت الوصية بها وبولدها. وإن خرج نصفها من الثالث كان له نصفها، ونصف ولدها.

والثاني: أنه تقوم الأم يوم موت الموصي، ويقوم الولد يوم ولد، ويعتبر قيمتها جميعاً من الثلث، فإن احتملها الثلث صحت الوصية بهما، وإن عجز الثلث عنهما، أمضى له من الوصية بهما: قدر ما احتملهما الثلث منهما من غير تفضيل. ثم إذا صحت الوصية لهما، لاحتمال الثلث لهما، فقد عتق عليه الولد بالملك، وله ولاؤه لحدوث عتقه بعد رقه. فلم تصر الأم به أم ولد، لأنها علقت به في نكاح. فهذا إذا قلنا إن للحمل حكماً. وإذا قلنا: إن الحمل لا حكم له. ففيه قولان بناء على اختلاف قوليه، في قبول الوصية هل يقع به التمليك؟ أو يدل على تقدم الملك بالموت فإن قيل: إن القبول هو الملك، فالولد مملوك، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه مملوك للموصي ومضموم إلى تركته ثم منتقل عنه إلى ورثته.

والثاني: أنه حادث على ملك الورثة من غير أن يثبت عليه للموصي ملك. وإن قيل إن القبول يدل على تقدم الملك بالموت كان الولد للموصى له وقد عتق عليه بالملك، وله ولاؤه، ولا تكون أمه به أم ولد، وفيما يقوم في الثلث وجهان على ما ذكرنا. وإن كان

الولد حادثاً بعد الوصية، وقبل الموت، فهو أن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الوصية، ولأقل من ستة أشهر من حين الموت، ففي الولد قولان بناء على اختلاف قوليه في القبول. فإن قلنا: إن القبول هو المملك، فالولد للورثة، فإن جعل للحمل حكم، فقد ثبت عليه ملك الموصي، ثم انتقل إلى ورثته وإن لم يجعل للحمل حكم ففيه وجهان:

أحدهما: يكون للموصي وتنتقل عنه إلى الورثة.

والثاني: يكون للورثة ولم يثبت على ملك الموصي. ولا يحتسب عليهم من تركته.

وإن قلنا: إن القبول يدل على تقدم الملك، فالولد للموصى له وقد عتق عليه بالملك، وله ولاؤه، ولا تصير الأم به أم ولد، وفيما يقوم في الثلث وجهان:

أحدهما: تقوم الأم حاملاً عند الموت لا غير.

والوجه الثاني: تقوم الأم عند الموت، ويقوم الولد عند الوضع وتعتبر قيمتها جميعاً من الثلث.

وإن كان حادثاً بعد موت الموصي، وقبل قبول الموصى له، فهو أن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حيث موت الموصي.

فإن قيل: إن القبول هو المملك، فالولد مملوك لورثة الموصي لم يجر عليه للموصي ملك وجهاً واحداً.

وإن قيل: إن القبول يدل على تقدم الملك بالموت، فالولد حر لم يجر عليه رق، ولا عليه، وقد صارت الأم به، أم ولد، لأنها علقت به في ملك الموصى له، ولا يقوم الولد عليه في الثلث وجهاً واحداً، لأنه لم يجر عليه رق، وإنما تقوم الأم عند الموت، وقد كانت عنده حائلاً.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن تضعه بعد قبول الموصى له، فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون موجوداً عند الوصية.

والثاني: أن يكون حادثاً بعد الوصية وقبل موت الموصي.

والثالث: أن يكون حادثاً بعد موت الموصي وقبل القبول.

والرابع: أن يكون حادثاً بعد القبول.

فإن كان موجوداً عند الوصية، مثل أن تضعه لأقل من ستة أشهر من حين الوصية بالولد للموصى له على القولين معاً سواء قيل إن للحمل حكم، أو قيل إنه يكون تبعاً، لأنه إن قيل إن له حكماً، فهو مع الأم موصى بهما وإن قيل: يكون تبعاً فحكمه معتبر بحال الولادة، وهي مولود في ملك الموصى له. وإذا كان له فقد عتق عليه بعد رقه، فله ولاؤه، فلا تكون أمه به أم ولد. وإن كان حادثاً بعد الوصية، وقبل الموت: فهو أن تضعه لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية، ولأقل من ستة أشهر من حين الموت ففيه قولان:

أحدهما: أنه مملوك للموصي، وهذا على القول الذي يقول إن الحمل حكماً.

والثاني: إنه للموصى له، إذا قيل إن الحمل تبع.

فعلى هذا يعتق عليه بعد رقه. ويكون له عليه الولاء، ولا تصير أمه به أم ولد. وإن كان حادثاً بعد موت الموصي، وقبل القبول فهو أن تضعه، لأكثر من ستة أشهر من حين الموت، ولأقل من ستة أشهر من حين القبول، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه حر من حين العلوق، لم يجر عليه حكم رق، وأن أمه به أم ولد. وهذا على القول الذي يجعله بالقبول مالكاً. ويجعل الحمل تبعاً من حين الموت.

والثاني: أنه حر بعد رقه وعليه الولاء لأبيه، ولا تكون أمه به أم ولد. وهذا على القول الذي يجعله بالقبول مالكاً ويجعل الحمل تبعاً.

والثالث: أنه مملوك لورثة الموصي دون الموصى له. وهذا على القول الذي يجعله بالقبول مالكاً، ويجعل للحمل حكماً. وهكذا: لو ولدت أولاداً، وكان بين أولهم وآخرهم أقل من ستة أشهر فحكمهم حكم الولد الواحد، لأنهم من حمل واحد ولو كان بين بعضهم وبعضهم ستة أشهر لاختلف حكمهم لاختلاف حملهم وإن كان حادثاً بعد القبول فهو أن تضعه لستة أشهر فصاعداً من حين قبوله، فهذا حر الأصل، لم يجر عليه رق، ولا ولاء عليه للأب، وتصير الأم به أم ولد، لأنها علقت به في ملك لا في نكاح.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ أَوْ يَرُدَّ قَامَ وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ فَإِنْ قَبِلُوا فَإِنَّمَا مَلِكُوا أَمَةً لأَبِيهِمْ وَأَوْلَادَ أَبِيهِمُ الَّذِينَ وَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهَا أَحْرَاراً وَأُمُّهُمْ مَمْلُوكَةٌ وَإِنْ رَدُّوا كَانُوا مَمَالِيكَ وَكَرِهَتْ مَا فَعَلُوا. قَالَ الْمُزَنِيُّ: لَوْ مَاتَ أَبُوهُمْ قَبْلَ الْمِلْكِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَمْلِكُوا عَنْهُ مَا لَمْ يَمْلِكْ، وَمِنْ قَوْلِهِ: أَهَلَّ شَوَّالُ ثُمَّ قَبِلَ كَانَتْ الزَّكَاةُ عَلَيْهِ وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ مُتَقَدِّمٌ لَوْلَا ذَلِكَ مَا كَانَتْ عَلَيْهِ زَكَاةُ مَا لَا يَمْلِكْ».

قال في الحاوي: هذا صحيح. وجملته أن موت الموصي لا يخلو أن يكون في حياة الموصى له أو بعد موته. فإن مات الموصى له في حياة الموصي، فالذي عليه جمهور الفقهاء أن الوصية له قد بطلت، وليس لوارثه قبولها بعد موت الموصي.

وحكي عن الحسن البصري أن الوصية لا تبطل بموته ولورثته قبولها وهذا فاسد من وجهين: أن الوصية في غير حياة الموصي غير لازمة. وما ليس بلازم من العقود يبطل بالموت، ولأن الوصية له، لا لورثته وهو لا يملك الوصية في حياة الموصي. وإن مات الموصى له، بعد موت الموصي، لم يخل حال الموصى له قبل موته من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون قد رد الوصية قبل موته فقد بطلت برده: وليس لوارثه قبولها بعد موته إجماعاً.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٥).

والثانية: أن يكون قد قبلها قبل موته، وبعد موت الموصي، فقد ملكها أو انتقلت بموته إلى وارثه. وسواء قبضها الموصى له في حياته، أم لا، لأن القبض ليس بشرط في تملك الوصية.

والثالثة: أن يموت قبل قبوله ورده. فعلى مذهب الشافعي: يقوم وارثه مقامه في القبول والرد، ولا تبطل الوصية بموته قبل القبول.

وقال أبو حنيفة: إذا مات قبل القبول، بطلت الوصية له كالهبة، وهذا فاسد: ، لأن ما استحقه في التركة لم يسقط بالموت كالدين، ولأن كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالكها، لم يبطل بموته، قبل تملكها كالرد بالعيب. وفارقت الوصية الهبة، من حيث إن الهبة قبل القبض غير لازمة فجاز أن تبطل بالموت، والوصية قبل القبول لازمة، فلم تبطل بالموت.

فصل: فإذا ثبت أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له قبل الرد والقبول، فورثته يقومون مقامه في القبول والرد، ولهم ثلاثة أحوال:

حال يقبل جميعهم الوصية، وحال يرد جميعهم الوصية، وحال يقبلها بعضهم ويردها بعضهم. فإن قبلوها جميعاً فعلى القول الذي يجعل القبول دالاً على تقدم الملك، فالملك للوصية بقبول الورثة، هو الموصى له، لا الورثة فعلى هذا يكون أولاد الأمة أحراراً، لأن الأب لا يملك ولده ويجعلها له أم ولد في الموضع الذي تصير بالولادة أم ولد.

فأما القول الذي يجعل القبول ملكاً، فقد اختلف أصحابنا، هل تدخل الوصية في ملك الموصى له بقبول ورثته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، وأبي حامد المروروذي أن الوصية يملكها الورثة دون الموصى له، لحدوث الملك بقبولهم. فعلى هذا لا يعتق الأولاد الذين ولدتهم بعد القبول، ولا تصير الأمة بهم، أم ولد، لأن الأخ يملك أخاه. وعلى هذا: لو كانت الوصية مالاً: لم يقض منها ديون الموصى له.

والثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وبه قال أكثر البصريين وحكاه أبو القاسم بن كج عن شيوخه. أن الوصية يملكها الموصى له بقبول ورثته، وإن كان القبول مملكاً؛ لأنها لو لم تدخل في ملكه، لبطلت، لأن الورثة غير موصى لهم، فلم يجز أن يملك الوصية من لم يوص له. فعلى هذا قد أعتق الأولاد الذين ولدتهم بعد القبول، وصارت ممن يجب أن تصير به أم ولد. وعلى هذا لو كانت الوصية مالاً: قضى منها ديون الموصى له.

فصل: فإذا ثبت حرية الأولاد على ما وصفنا لم يخل حال الورثة القابلين للوصية أن يسقطوا بالأولاد، أو لا يسقطوا.

فإن لم يسقطوا بالأولاد، كالأخوة والأعمام، عتق هو والأولاد، ولم يرثوا، لأن توريثهم مخرج لقابل الوصية من الميراث، وخروجهم من الميراث: يبطل قبولهم للوصية، وبطلان الوصية موجب لرق الأولاد، وسقوط ميراثهم. فلما أفضى توريثهم إلى رقهم وسقوط ميراثهم منعوا الميراث، ليرتفع رقهم، وتثبت حريتهم، كما قلنا في الأخ إذا أقر بابن أن نسب الابن يثبت ولا يرث.

فصل: ولو رد الورثة بأجمعهم بطلت الوصية بردهم لها، وكان الأولاد عبيداً للورثة، وكذلك أمهم. قال الشافعي رضي الله عنه: وكرهت ذلك لهم: لما فيه من استرقاق أولادهم، وأنهم قد خالفوا ظاهر فعله لو كان حياً.

فأما إذا قبل بعض الورثة الوصية وردها بعضهم: كانت حصة من رد موقوفة لورثة الموصي، وحصة من قبل إنهم قد دخلوا في ملك الموصى له. ويقوم ما بقي من رق الأولاد في حصة القابل من تركته، إن كان موسراً بذلك، ويصير جميع الأولاد أحراراً يرثون إن لم يحجبوا القابل الموصى له. وإن كان معسراً فلا تقويم في تركته ولا يرث هؤلاء الأولاد، لأن حريتهم: لم تكمل، ولا تقويم على القابل، لأن العتق كان على غيره.

وإن قيل: إنهم لم يدخلوا في ملك الموصى له لم يعتق شيء من حصة القابل من الورثة إذا كان ممن يجوز أن يتملك أولاد الموصى له.

فصل: وإذا كان الموصى له بزوجته مريضاً فقبل الوصية في مرضه المخوف. فقد اختلف أصحابنا في أولاده منها: إذا أعتقوا بقبوله، هل يرثونه إذا مات من مرضه ذلك؟ فالذي عليه قول الأكثرين منهم: أنهم لا يرثون، لأن عتقهم في مرضه بقبوله وصية لهم، ولو ورثوا، منعوا الوصية، وإذا منعوها عادوا رقيقاً لا يرثون، فلذلك عتقوا ولم يرثوا، كما لو اشتراهم في مرضه.

وقال أبو العباس بن سريج: يرثون بخلاف من اشتراه منهم، لأن من اشتراه قد خرج ثمنه من ماله فصار إخراج الثمن وصية من ثلثه، فلذلك لم يرثوا، وليس كذلك إذا قبل الوصية بهم، لأنه لم يخرج أثمانهم من ماله فيصيروا من ثلثه، فلذلك لم يكن قبولهم وصية، وإذا لم يكن ذلك وصية لم يمنعوا الميراث، ولو كان قاله عند الوصية مريضاً، فلم يقبلها حتى مات، ثم قبلها ورثته، بعد موته: كان ميراث الأولاد على ما ذكرنا، لأنها وصية له في حال لو قبلها: كان ميراث الأولاد على ما ذكرنا، فكذلك إذا قبلها ورثته بعد موته.

ولو كانت الوصية له في صحته فلم يقبلها حتى مات: لم يسقط ميراث هؤلاء الأولاد بقبول ورثته.

فأما المزني: فإنه نص ما اختاره من أن القبول يدل على تقدم الملك بالموت وهو أصح القولين، والله أعلم بالصواب.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ أَوْصَى بِجَارِيَةٍ وَمَاتَ ثُمَّ وَهَبَ لِلْجَارِيَةِ مِائَةَ دِينَارٍ وَهِيَ تَسْوَى مِائَةَ دِينَارٍ وَهِيَ ثُلُثُ مَالِ المَيِّتِ وَوَلَدَتْ ثُمَّ تَحْبِلَ الوَصِيَّةَ فَالجَارِيَةُ لَهُ وَلَا يَجُوزُ فِيمَا وَهَبَ لَهَا وَوَلَدَهَا إِلَّا وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ وَلَدُهَا وَمَا وَهَبَ لَهَا مِنْ مِلْكِ المُوصَى لَهُ وَإِنْ رَدَّهَا فَإِنَّمَا أَخْرَجَهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلَى المَيِّتِ وَلَهُ وَلَدُهَا وَمَا وُهِبَ لَهَا؛ لأَنَّهُ حَدَثَ فِي مِلْكِهِ. وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَمْلِكُهُ حَادِثاً بِقُبُولِ الوَصِيَّةِ. وَهَذَا قَوْلٌ مُنْكَرٌ لَا نَقُولُ بِهِ لأَنَّ القَبُولَ إِنَّمَا هُوَ عَلَى مِلْكٍ مُتَقَدِّمٍ وَلَيْسَ بِمِلْكٍ حَادِثٍ.

وَقَدْ قِيلَ: تَكُونُ الجَارِيَةُ وَثُلُثُ وَلَدِهَا وَثُلُثُ مَا وُهِبَ لَهَا. قَالَ المُزَنِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ: هَذَا قَوْلُ بَعْضِ الكُوفِيِّينَ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: تَكُونُ لَهُ الجَارِيَةُ وَثُلُثُ وَلَدِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسِف وَمُحَمَّد بْن الحَسَن: يَكُونُ ثُلُثَا الجَارِيَةِ وَثُلُثَا وَلَدِهَا.

قَالَ المُزَنِيُّ: وَأَحَبُّ إِلَيَّ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لأَنَّهَا وَوَلَدَهَا عَلَى قَبُولِ مِلْكٍ مُتَقَدِّمٍ. قَالَ المُزَنِيُّ: وَقَدْ قَطَعَ بِالقَوْلِ الثَّانِي إِذِ المِلْكُ مُتَقَدِّمٌ وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَقَامَ الوَارِثُ فِي القَبُولِ مَقَامَ أَبِيهِ فَالجَارِيَةُ لَهُ بِمِلْكٍ مُتَقَدِّمٍ وَوَلَدُهَا وَمَا وُهِبَ لَهَا مِلْكٌ حَادِثٌ بِسَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ. قَالَ المُزَنِيُّ: وَيَنْبَغِي فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى أَنْ تَكُونَ امْرَأَتُهُ أُمَّ وَلَدٍ وَكَيْفَ تَكُونُ أَوْلَادُهَا بِقَبُولِ الوَارِثِ أَحْرَاراً عَلَى أَبِيهِمْ وَلَا تَكُونُ أُمُّهُمْ أُمَّ وَلَدٍ لأَبِيهِمْ وَهُوَ يُجِيزُ أَنْ يَمْلِكَ الأَخُ أَخَاهُ وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنْ لَوْ كَانَ مِلْكاً حَادِثاً لِوَلَدِ المَيِّتِ لَكَانُوا لَهُ مَمَالِيكَ وَقَدْ قَطَعَ بِهَذَا المَعْنَى الَّذِي قُلْتُ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ فَتَفَهَّمْهُ كَذَلِكَ نَجِدْهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا وهب للجارية الموصى بها مال وولدت أولاداً من رق لم يخل حال أولادها، وما وهب لها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون في حياة الموصي، فهو ملكه وصائر إلى ورثته بعد موته ومحسوب في ثلثي التركة.

والثاني: أن يكون حادثاً بعد قبول الموصى له. فذلك ملك له لحدوثه بعد استقرار ملكه.

والثالث: أن يكون حادثاً بعد الموت، وقبل القبول، فيكون على القولين في القبول. فإن قيل إن القبول هو المملك فذلك ملك الورثة دون الموصى له، وهل يحتسب به عليهم من ثلثي التركة، على وجهين من اختلاف ما ذكرنا من الوجهين في الموصى به قبل القبول، هل يكون باقياً على ملك الميت أو متنقلاً إلى ورثته، فإن جعناه باقياً على ملك الميت، كان ما حدث من الهبة والأولاد محسوب على الورثة.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٥ ـ ١٦٧).

وإن جعلناه متنقلاً إلى الورثة لم يحتسب على الورثة، فهذا حكم القول الذي يجعل الوصية بالقبول مملكة. وقال الشافعي: وهذا قول ينكسر اهـ.

وإن قيل: إن القبول يدل على تقدم الملك بالموت، فأولاد الجارية وما وهب لها ملكاً للموصى له، لا يحتسب به من الثلث، لأن الميت لم يملكه.

إلا أن الشافعي قال على هذا القول وإن ردها فإنما أخرجها من ملكه إلى الميت وله ولدها وما وهب لها.

واختلف أصحابنا، فكان بعضم يجعل ذلك خارجاً على القول الذي رواه عنه ابن عبد الحكم، أن الوصية تدخل في ملك الموصى له بالموت كالميراث، فكذلك إذا رد الوصية بعد الموت، فقد أخرجها من ملكه وملك ما حدث من كسبها وولدها.

وقال آخرون: بل هذا خارج منه على القول الذي يجعله بالقبول مالكاً من حين الموت. واختلف من قال بهذا في تأويل كلامه على وجهين:

أحدهما: أن معناه وإن رد فكأنما أخرجها من ملكه؛ لأنه قد كان له أن يتملكها، فإذا ردها، فقد أبطل ملكه، وقوله: «وله ولدها وما وهب لها» يعني لوارث الموصي.

والثاني: أنه محمول على أنه قبلها ثم ردها بالهبة. هذا جواب أبي علي بن أبي هريرة فهذا شرح مذهب الشافعي في كسبها وولدها.

وقال أبو حنيفة: «للموصى له الجارية، وثلث ولدها، وثلث ما وهب لها» تعليلاً بأنه لا يجوز أن يملكها الموصى له بالوصية إلا ما صار للورثة مثلاه، وقد صار إليهم مثلا الجارية فلذلك صار جميعها للموصى له، ولم يصر إليهم مثلاً الولد والكسب فلذلك صار للموصى له من ذلك ثلثه، وللورثة ثلثاه. وقال أبو يوسف ومحمد: له ثلثا الجارية، وثلثا ولدها وكسبها. ولست أعرف تعليلاً محتملاً ما ذكراه وكلا هذين المذهبين فاسد، لأن الكسب والولد تبع لمالك الأصل فإن كانت الجارية عند حدوث النماء والمكسب بعد الموت وقبل القبول ملكاً للورثة: فلهم كل الكسب ولا يجوز أن يملك منه الموصى له شيئاً.

وإن كانت ملكاً للموصى له، فله كل الكسب، ولا يجوز أن يملك منه الورثة شيئاً. فأما تبعيض الملك في النماء والكسب من غير تبعيض ملك الأصل وجه له، وليس بلازم أن يملك الورثة مثلي ما يملكه الموصى له بعد استقرار ملكه، كما لا يلزم فيما حدث من ذلك بعد القبول، وإنما يلزم ذلك فيما ملك من تركة بينهم.

فصل: فأما لا يتميز من الزيادة، كالسمن وزيادة البدن، إذا حدث بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له، فهو للموصى له، ومحسوب عليه من الثلث، لأن ما اتصل من الزيادة تبع لأصله يتنقل مع الأصل إلى حيث انتقل.

فصل: فأما الوصية إذا ردها. فللموصى له في ردها أربعة أحوال:

أحدها: أن يردها في حياة الموصي، فلا يكون لرده تأثير كما لا يكون لقبوله له،

لو قبل في هذه الحال تأثيراً، وخالف فيه خلافاً يذكره بعد.

والثانية: أن يردها بعد موت الموصي، وقبل قبوله: فالرد صحيح قد أبطل الوصية، ورد ذلك إلى التركة، ولا يعتبر فيه قبول الورثة ويكونوا فيه على فرائضهم. فإن قال: رددت ذلك لفلان. قال الشافعي في الأم: احتمل ذلك معنيين:

أحدهما: وهو أظهرهما، أن يريد لرضا فلان، أو لكرامة فلان، فإن أراد ذلك، صح الرد، وبطلت الوصية، وعادت إلى التركة.

والثانية: أن يريد بالرد لفلان: هبتها له فلا تصح هبته لها قبل القبول، لأنه لم يملكها بعد. ولو قبلها: صح إذا وجدت فيها شروط الهبة، ولا يكون فساد هذه الهبة مبطلاً للوصية، ومانعاً من قبولها، لأن هبته لها إنما اقتضت زوال الملك بعد دخولها فيه.

والثالثة: أن يردها بعد قبول الوصية وقبل قبضها ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا تصح إلا بلفظ الهبة إيجاباً وقبولاً، لدخول الوصية في ملكه بالقبول. فعلى هذا تعود الوصية للورثة خصوصاً دون أهل الدين والوصايا، ويكون الذكر والأنثى فيها سواء، لأنها هبة لهم محضة.

والوجه الثاني: أنه يصح ردها بلفظ الرد دون الهبة، لكن لا يتم إلا بالقبول، لأنها وإن دخلت في ملكه فهي كالإقالة. وإن كان ملك المشتري فيها ثابتاً، فإنه ينتقل بغير لفظ الهبة، لكن لا بد فيها من قبول، كذلك الوصية بعد القبول. فعلى هذا: تعود بعد الرد والقبول تركة، يجري فيها حكم الدين والوصايا، وفرائض الورثة.

والثالث: أنها تصح بالرد من غير قبول، لأنها وإن كانت ملكاً للموصى له بقبولها، فملكه لها قبل القبض، غير منبرم، فجرت مجرى الوقف إذا رده الموقوف عليه بعد قبوله وقبل قبضه. صح رده، ولم يفتقر الرد إلى القبول، وإن كان ملكاً، ثم تكون الوصية بعد الرد تركة.

فصل: وإذا رد الوصية بما يدل له على الرد: لم يملك ذلك المال ولم يبطل حقه في الوصية بالرد. وقال مالك: يملك المال، ويصح الرد ومثله يقول في الشفعة، إذا عفى عنها على مال بذل له. وهذا خطأ في الموضعين، لأن أخذ العوض على ما لم يستقر ملكه عليه باطل كالبيع، والله أعلم.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ: «وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ اسْتَحَقَّ ثُلُثَاهُ كَانَ لَهُ الثُّلُثُ البَاقِي إِنْ احْتَمَلَهُ ثُلُثُه».

قال في الحاوي: إذا أوصى له بثلث دار هو في الظاهر مالك لجميعها فاستحق ثلثا

(1) انظر الأم (٣/١٦٧).

الدار، وبقي على ملك الموصي ثلثها.

فالثلث كان الموصى له إذا احتمله الثلث وهو قول الجمهور: وقال أبو ثور: يكون له ثلث الثلث، استدلالاً بأنه: لما أوصى له بثلثها، وهو في الظاهر مالك لجميعها، تناولت الوصية ثلث ملكه منها، فإذا بان أن ملكه منها الثلث، وجب أن تكون الوصية بثلث الثلث، لأنه كان ملكه منها، كمن أوصى بثلث ماله، وهو ثلاثمائة درهم، فاستحق منها مائتان كانت الوصية بثلث المائة الباقية. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن ما طرأ من استحقاق الثلثين، ليس بأكثر من أن يكون عند الوصية غير ملكه للثلثين. وقد ثبت أنه لو أوصى له بثلث دار قدر ملكه: كان له جميع الثلث إذا احتمله الثلث، كذلك إذا أوصى له بثلثها فاستحق ما زاد على الثلث منها.

والثاني: هو أن رفع يده بالاستحقاق كزوال ملكه بالبيع وقد ثبت أنه لو باع بعد الوصية بالثلث منها ما بقي من ثلثها صحت الوصية بكل الثلث الباقي بعد البيع، فكذلك تصح الوصية بالثلث الباقي بعد المستحق وليس لما ذكره من الاستدلال بثلث المال وجه؛ لأن الوصية لم تعتبر إلا من ثلث ملكه، وملكه هو الباقي بعد الاستحقاق.

ولو فعل مثل ذلك في الوصية بالدار فقال: قد أوصيت لك بثلث ملكي من هذه الدار فاستحق ثلثاها كان له ثلث ثلثها الباقي، والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر أن له جميع الثلث بعد استحقاق الثلثين، فقد قال الشافعي في الوصايا في كتاب «الأم»[1] بعد أن ذكر مسألة الاستحقاق. ولو أوصى بالثلث من دار أو أرض، فأذهب السيل ثلثيها، وبقي ثلثها، فالثلث الباقي للموصى له، إذا خرج من الثلث وقيل: إن الوصية موجودة وخارجة من الثلث اهـ.

فسوى الشافعي بين استحقاق الثلثين مشاعاً، وبين ذهاب ثلثها بالسيل تجوزاً في أن الوصية تجوز بالثلث الباقي بعد الاستحقاق والتلف بالسيل. والذي أراه الفرق بين المسألتين من أن استحقاق الثلثين لا يمنع من إمضاء الوصية بالثلث الباقي كله. وذهاب الثلثين منها بالسيل يمنع أن تكون الوصية بجميع الثلث الباقي ويوجب أن تكون الوصية بثلث الثلث الباقي. والفرق بينهما أن الوصية بالثلث منها هو ما تبع من جميعها، فإذا استحق ثلثاها لم يمنع أن يكون الثلث الباقي سائغاً في جميعها فصحت الوصية في جميعه. وإذا هلك ثلثاها بالسيل، يجوز إن لم يكن الثلث الباقي منها هو الثلث المشاع في جميعها، فوجب أن تكون الوصية بثلث ما بقي وثلث ما هلك فيكون حكم الإشاعة في الجميع باقياً.

ألا ترى لو أن رجلاً اشترى من رجل نصف دار جميعها بيده، ثم استحق بعد الشراء نصفها: كان النصف الباقي هو المبيع منها، ولو لم يستحق نصفها ولكن أذهب

---

(١) انظر الأم (٤/ ٣٤).

السيل نصفها، كان للمشتري نصف ما بقي بعدما أذهبه السيل منها.

فإن قيل: فليس لو أوصى له برأس من غنمه فهلك جميعها إلا رأساً منها بقي: فإن الوصية تتعين فيه ولا يكون الهالك وإن كان متميزاً من الوصية وغيرها فهلا كان ما ذهب بالسيل مثل ذلك؟ قيل الوصية برأس من غنمه يوجب الإشاعة في كل رأس منها وإنما جعل إلى الوارث أن يعنيه فيما شاء من ميراثه، وليس كذلك الوصية بثلث الدار، لأن الثلث شائع في جميعها فافترقا.

فإذا تقرر ما وصفته من مذهب الشافعي في التسوية بين الاستحقاق، والتلف، وما رأيته من الفرق بين الاستحقاق والتلف، تفرع على ذلك ما يصح به الجوابان. فمن ذلك أن يخلف رجل ثلاثمائة درهم، وثلاثين ديناراً وقيمتها ثلاثمائة درهم، ويوصي بثلث ماله لرجل، فيكون له ثلث الدنانير، وثلثا الدراهم، فإذا أراد الورثة أن يعطوه ثلث الجميع من أحدهما، لم يكن ذلك لهم، لأن الموصي جعله في الجميع مشاركاً لهم فلو تلف من الدنانير عشرون، وبقي منها عشرة، كان له ثلث العشرة الباقية، وثلث الثلاثمائة درهم كلها. فأما إذا أوصى لرجل بثلث الدنانير بعينها، وأوصى لآخر بثلث الدراهم بعينها، فهلك من الدنانير عشرون، وبقي منها عشرة وسلمت الدراهم كلها. فعلى الوجه الذي أراه أن يكون للموصى له بثلث الدنانير ثلث العشرة الباقية وهو ثلاثة دنانير وثلث دينار، وللموصي بثلث الدراهم، ثلث الثلاث مائة وهو مائة درهم. وعلى الظاهر مما قاله الشافعي، يكون للموصى له بثلث الدنانير من العشرة الباقية ستة دنانير وثلثي دينار. ويكون للموصى له بثلث الدراهم من جميع الثلاث مائة ستة وستون درهماً، وثلثا درهم قيمة الجميع ثلاثة عشر ديناراً وثلث دينار، ويبقى مع الورثة ثلاثة دنانير وثلث، ومائتان وثلاثة وثلاثون درهماً وثلث، وقيمة الجميع ستة وعشرون ديناراً وثلثا دينار، وهو ضعف ما صار إلى الموصى له. وهكذا لو كانت الوصيتان لرجل واحد. ووجه العمل في ذلك أن يقال: الوصيتان تعادل عشرين ديناراً من ستين ديناراً، فإذا تلف من التركة عشرون ديناراً فهو ثلث التركة، ويرجع النقص على الوصيتين معاً دون أحدهما، فنقص من كل واحدة منهما الثلث. فالموصى له بثلث الدنانير كان له قبل التلف عشرة دنانير فصار له بعد التلف ثلثاها، وذلك ستة دنانير وثلثا دينار، وللموصى له بثلث الدراهم، كان له قبل التلف مائة درهم، فصار له بعد تلف الدنانير ثلثا الدراهم، وذلك ستة وستون درهماً، وثلثا درهم. وعلى هذا: لو أوصى لرجل بسدس الدراهم بأعيانها، وسدس الدنانير بأعيانها والتركة بحالها: كان له خمسة دنانير وخمسون درهماً، فلو تلف من الدراهم مائتا درهم وبقيت مائة درهم مع جميع الدنانير، وهي ثلاثون ديناراً، فعلى الوجه الذي رأيته: يكون للموصى له خمسة دنانير وستة عشر درهماً وثلث درهم، وهو سدس كل واحد من المالين. وعلى الظاهر من مذهب الشافعي يكون للموصى له ثلاثة دنانير وثلث دينار، وثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم.، لأنه يجعل نقص أحد المالين راجعاً إلى المالين، وقد نقص الثلث من الوصية بسدس كل واحد من المالين الثلث. فصار مع الموصى له

ثلاثة دنانير وثلث دينار، وثلاثة وثلاثون درهم وثلث درهم قيمة الجميع ستة دنانير وثلثا دينار، وذلك سدس الأربعين الباقية من التركة عيناً وورقاً.

فصل: في خلع الثلث: قال مالك بن أنس ـ رحمة الله عليه ـ «إذا أوصى الرجل بمائة دينار له حاضرة، وترك غيرها ألف دينار ديناً غائبة، فالورثة بالخيار بين إمضاء الوصية بالمائة كلها عاجلاً سواء أمضى الدين وسلم الغائب أم لا، وبين أن يسلموا ثلث المائة الحاضرة، وثلث الدين من المال الغائب، ويصير الموصى له بالمائة شريكاً بالثلث في كل التركة وإن كثرت، وسمي ذلك خلع الثلث، واستدلالاً بأن للموصى له ثلث ماله، فإذا غير الوصية في بعضه فقد أدخل الضرر عليهم بتعيينه فصار لهم الخيار بين التزام الضرر بالتعيين، وبين العدول إلى ما كان يستحقه الموصى فهذا دليل مالك وما عليه في هذا القول.

واستدل إسماعيل بن إسحاق بأن تعيين الموصي للمائة الحاضرة من جملة التركة الغائبة، بمنزلة القبول للجاني إذا تعلقت الجناية في رقبته فسيده بالخيار بين أن يفديه بأرش جنايته أو تسليمه. فهذا مذهب مالك، ودليلاه.

ومذهب الشافعي: أن الموصى له ثلث المائة الحاضرة، وثلثاها الباقي موقوف على قبض الدين ووصول الغائب، لا يتصرف فيه الوارث ولا الموصى له، وإذا قبض الدين ووصل من الغائب ما يخرج المائة كلها من ثلثه، أمضيت الوصية بجميع المائة. وإن وصل ما يخرج بعضها أمضى قدر ما احتمله الثلث منها، فإن برىء الدين وقدم الغائب: استقرت الوصية في ثلث المائة الحاضرة، وتصرف الورثة في ثلثيها، لأنها صارت جميع التركة.

واختلف أصحابنا إذا انتظر بالوصية قبض الدين، ووصول الغائب، هل يمكن الموصى له من التصرف في ثلث المائة على وجهين:

أحدهما: يمكن من التصرف فيها، لأنه ثلث محض.

والثاني: يمنع من التصرف فيها، لأنه لا يجوز أن يتصرف الموصى له فيما لا يتصرف الورثة في مثليه، وقد منع الورثة من التصرف في ثلث المائة الموقوف، فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف في الثلث الممضي. والدليل على فساد ما ذهب إليه مالك:

أنه يأول إلى أحد أمرين بمنع الوصية منها، لأنه إذا خير الورثة بين التزام الوصية في ثلث كل التركة أو إمضاء الوصية في كل المائة. فكل واحد من الأمرين خارج عن حكم الوصية، لأنهم إذا اختاروا منعه من كل المائة، فقد ألزمهم ثلث كل التركة، وذلك غير موصى له، وإن اختاروا ألا يعطوا ثلث التركة، فقد ألزمهم إمضاء الوصية بكل المائة، فعلم فساد دليل مذهبه بما يأول إليه حال كل واحد من الخيارين.

وأما جعلهم تعيين الوصية بالمائة الحاضرة، أدخل ضرر، فالضرر قد رفعناه بوقف الثلثين فعلى قبض الدين، ووصول الغائب، فصار الضرر بذلك مرتفعاً، وإذا زال الضرر

ارتفعت الجناية منه فبطل الخيار فيه. فإذا تقرر ما وصفناه يفرع على ذلك أن يوصي بعتق عبد حاضر وباقي تركته التي يخرج كل العبد من ثلثها دين غائب فيعتق في العبد ثلثه ويوقف ثلثاه على قبض الدين ووصول الغائب. فإذا قبض أوصل منهما، أو من أحدهما كما يخرج كل العبد من ثلثه عتق جميعه، وهل يمكن الورثة في خلال وقف الثلثين الموقوفين من العبد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يمكنون من ذلك لئلا يلزمهم إمضاء الوصية بما لا ينتفعوا بمثليه وهذا على الوجه الذي يقول إن الموصى له بالمائة إذا وقف ثلثيها وهذا على الوجه الذي يقول إن الموصى له بالمائة إذا وقف ثلثيها منع من التصرف في ثلثها اعتباراً بالتسوية.

فعلى هذا إن تلف الدين، وتلف الغائب، استقر ملكهم على ما وقف من ثلثيه وجاز لهم بيعه. وإن قبض من الدين أو قدم من الغائب ما يخرج جميعه من ثلثه رجع العبد عليهم بما أخذه من كسبه وأجرة خدمته، وليس للورثة أن يرجعوا على العبد بما أنفقوا عليه، أو استخدموه، لأنه قد كان لهم إجازة عتقه، فصاروا متطوعين بالنفقة عليه.

والثاني: أنهم يمنعون من ذلك، كما يمنعون من التصرف بالبيع، لأن الظاهر نفوذ الوصية بعتقه، وهذا على الوجه الذي يجوز للموصى له التصرف في ثلث المائة. وإن منع الورثة من التصرف في ثلثيها فعلى هذا إن برىء الدين وتلف الغائب: رق ثلثاه، ورجع الورثة بثلثي كسبه.

فصل: وإذا مات رجل وترك ابنين وترك عشرة دراهم عيناً، وعشرة دراهم ديناً على أحد الابنين وأوصى لرجل بثلث ماله: فللموصى له الثلث، ثلث العين وثلث الدين فيصير ذلك بينهم على ثلاثة أسهم، سهم للموصى له، ويبقى سهمان بين الابنين.

وفي استيفاء الابن حقه من دينه وجهان:

أحدهما: أنهم يشتركون في العين والدين فلا يستوفي من عليه الدين حقه من الدين لاستحقاق للتسوية بينهم في العين والدين كما لو كان الدين على أجنبي.

فعلى هذا تكون العشرة العين بينهم أثلاثاً، يأخذ الموصى له ثلثها، ثلاثة دراهم وثلث، ويأخذ كل واحد من الابنين ثلاثة دراهم وثلث ويبرأ من عليه الدين من ثلث ما عليه وهو قدر حقه، ثلاثة دراهم وثلث ويبقى عليه ستة دراهم وثلثان منها ثلاثة دراهم وثلث للموصى له، وثلاثة دراهم وثلث للابن الآخر، وعلى هذا القياس لو كانت الوصية بالربع أو الخمس.

والثاني: أن من عليه من الابنين يستوفي حقه منه، ويختص بالعين الموصى له والابن الذي ليس عليه دين. وهذا اختيار ابن سريج، وعليه فرع؛ لأنه لا معنى، لأن يأخذ من عليه الدين من التركة ما يلزم رده إلى التركة، ويجعل بدل أخذه بقدر حقه ورده قضاها من دينه.

فعلى هذا يكون وجه العمل فيه: أن تكون التركة وهي عشرون ديناراً عيناً وديناً بينهم

على ثلاثة أسهم، يستحق بكل سهم منها في التركة ستة دراهم وثلثان، فيبرأ من عليه الدين من قدر حقه وهو ستة دراهم وثلثان، من الدين عليه، ويبقى عليه ثلاثة دراهم، وثلث.

وتقسم العشرة العين بين الموصى له والابن الآخر بالسوية، فيأخذ الموصى له خمسة، ويبقى له من استكمال الثلث، درهم وثلثان، يرجع به على من عليه الدين، ويأخذ الابن الآخر خمسة، ويرجع بباقي حقه، وهو درهم وثلثان على أخيه، وقد استوفوا جميعاً حقوقهم.

فعلى هذا: لو كانت الوصية بالربع والتركة بحالها: قيل التركة في الأصل على أربعة أسهم سهم وهو الربع للموصى له، ويبقى ثلاثة بين الابنين لا تصح، فأبسطها من ثمانية يخرج الكسر منها فتقسم العشرون العين والدين على ثمانية أسهم، سهمان منهما للموصى له بالربع، وثلاثة أسهم لكل ابن فيسقط من دين من عليه الدين قدر حقه من جميع التركة، وهو ثلاثة أثمان العشرين، سبعة دراهم ونصف، وتقسم العشرة العين بين الموصى له، والابن الآخر على خمسة أسهم، فيأخذ الموصى له بسهم منها أربعة دراهم ويأخذ الابن بثلاثة أسهم منها ستة دراهم، ويبقى على صاحب الدين درهمان ونصف وهي بين أخيه والموصى له على خمسة أسهم منها لأخيه ثلاثة أسهم، درهم ونصف، ينضم إلى ما أخذه من العين وهو ستة، تصير سبعة دراهم ونصف وهو جميع حقه.

وللموصى له من بقية السدس سهمين، درهم واحد، ينضم إلى ما أخذه من العين وهو أربعة، تصير خمسة دراهم وهم جميع الربع الذي أوصى له به. وعلى هذا: لو كانت الوصية بالخمس، كانت التركة على خمسة أسهم، منها سهم للموصى له، وسهمان لكل ابن فيأخذ صاحب الدين سهمين من دينه وهو ثمانية دراهم، ويبقى عليه درهمان، وتكون العشرة العين بين أخيه والموصى له ثلاثة أسهم، سهمان للأخ، ستة دراهم وثلثان، وسهم للموصى له، ثلاثة دراهم وثلث، ويكون الدرهمان الباقيان على صاحب الدين بين أخيه، والموصى له على ثلاثة، ثلثاه لأخيه وهو درهم وثلث ويصير مع ما أخذه ثمانية دراهم وثلثه للموصى له وهو ثلثي درهم، يصير مع ما أخذه أربعة دراهم، ثم يتفرع على هذا الوجه.

والمسألة الثانية: أن يكون على الابن مع دين أبيه، عشرة دراهم دين لأجنبي، وقد فلس بها في حال حياة الأب.

ففيما يستحقه الابن من العشرة العين وجهان ذكرهما ابن سريج:

أحدهما: أن يختص بها أخوة الموصى له، دون غريمه؛ لأنه قد أخذ منها بإزائه من دينه، فيكون الجواب على ما مضى، ويبقى عليه دين الغريم بكماله.

والثاني: أن حقه من العين مال مكتسب، فلا يختص به بعض الدين ويستوي فيه شركاؤه والغريم.

ويشبه أن يكون تخريج هذين الوجهين من اختلاف قوليه في الشفعة، إذا ورث الأخوان داراً، ثم مات أحدهما وخلف ابنين، فباع أحد الابنين حقه في الدار ففي

مستحق الشفعة قولان:

أحدهما: أنها لأخيه والموصى له دون عمه.

والثاني: أن الشفعة بين أخيه وعمه.

فعلى هذا تكون حصة صاحب الدين بين أخيه والموصى له وغريمه. فإذا قيل بهذا الوجه، فطريق العمل به أن يقال: يبرأ صاحب الدين من ثلث دينه وهو ثلاثة دراهم وثلث قدر حقه منه، عليه ثلثاه ستة دراهم وثلثان ثم تقسم العشرة العين أثلاثاً ويأخذ كل واحد من الموصى له والأخ ثلثها ثلاثة دراهم وثلث، ويبقى ثلاثة دراهم وثلث هي حصة صاحب الدين، فتقسم بين غرمائه على قدر ديونهم، والذي عليه لأخيه ثلاثة دراهم وثلث قدر ميراثه من دينه، وللموصى له ثلاثة دراهم وثلث قدر الوصية له من دينه، وعليه لغريمه عشرة دراهم، فتقسم الثلاثة والثلث بينهم على خمسة أسهم، ويأخذ الأخ بسهمه منها، ثلثي درهم، ويبقى له درهمان وثلثان، ويأخذ الموصى له بسهم منها ويبقى له درهمان وثلثان، ويأخذ الغريم بثلاثة أسهم منها، درهمين، ويبقى له ثمانية دراهم. ثم يتفرع على هذا أن يترك عشرة عيناً، وعشرة ديناً على أحد ابنيه ولا وارث له غيرهما، ويوصى لرجل بثلثي دينه، فتقسم العشرة العين نصفين، يأخذ الابن الذي لا دين عليه نصفها خمسة، ويبقى خمسة هي حصة الابن الذي عليه الدين، فتصرف فيما يستحق عليه من دينه، وفي مستحقها وجهان حكاهما ابن سريج بينا على الوجهين الماضيين:

أحدهما: أنها تقسم بين أخيه، وبين الموصى له، بثلثي الدين على قدر حصتهما، وذلك على خمسة أسهم، لأن الباقي لأخيه، ودرهم وثلثان وللموصى له بثلث الدين ستة دراهم وثلثان، فيكون للأخ سهم من الخمسة ويأخذ به من الخمسة درهماً واحداً، ويبقى من حقه ثلث درهم، ويرجع به على أخيه، ويكون للموصى له أربعة دراهم من خمسة، ويأخذ بها من الخمسة أربعة دراهم، ويبقى له من وصيته درهمان وثلثان، ويرجع بها على الذي عليه الدين، وقد برىء الذي عليه الدين من ستة دراهم وثلثين.

والثاني: أن الخمسة العين التي هي حصة الابن الذي عليه الدين مع العين مختص بها الموصى له بثلثي الدين دون الأخ، لأنه قد صار إلى الأخ منها أربعة، للموصى له من بقية ثلثي الدين درهم وثلثان، ويرجع به على من عليه الدين، ويبقى للآخر درهم وثلثان، يرجع به على أخيه.

وفي هذا الفصل من دقيق المسائل فقه وحساب، وما أغفلناه كراهة الإطالة والضجر والله المعين وبه التوفيق.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِهِ لِلْمَسَاكِينِ نُظِرَ إِلَى مَالِهِ فَقُسِّمَ

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٧).

ثُلُثُهُ فِي ذَلِكَ البَلَدِ».

قال في الحاوي: ولو أوصى بثلثه للمساكين دخل معهم الفقراء، ولو أوصى به للفقراء دخل معهم المساكين.

قال الشافعي: «لأن الفقير مسكين، والمسكين فقير، وإنما يتميز الطرفان، إذا جمع بينهما بالذكر» اهـ.

فالفقير هو الذي لا مال له، ولا كسب.

والمسكين: هو الذي له مال أو كسب لا يغنيه.

فالفقير أسوأ حالاً من المسكين على ما يستدل عليه في قسم الصدقات. فإذا أوصى بثلث ماله للمساكين.

قسم في ثلاثة فصاعداً من المساكين أو من الفقراء والمساكين. أو من الفقراء دون المساكين.

وهكذا إذا أوصى بثلث ماله للفقراء.

قسم في ثلاثة فصاعداً من الفقراء، أو من المساكين والفقراء، أو من المساكين دون الفقراء، لأن كلا الصنفين في الانفراد واحد.

ثم قسم ذلك بينهم على قدر حاجاتهم فإن كان فيهم من يستغني بمائة ومنهم من يستغني بخمسين أعطى من غناه مائة سهمان وأعطى من غناه خمسين سهماً واحداً.

ولا يفضل ذو قرابة بقرابته، وإنما يقدم ذو القرابة على غيره إذا كان فقيراً لقرابته، لأن للعطية له صدقة، وصلة، وما جمع ثوابين كان أفضل من التفرد بأحدهما.

فإذا صرف الثلث في أقل من ثلاثة من الفقراء والمساكين ضمن.

فإن صرفه حصته في اثنين كل في قدر ما يضمنه وجهان:

أحدهما: وهو الذي نص عليه الشافعي في كتاب الأم: إنه يضمن ثلث الثلث، لأن أقل الأجزاء ثلاثة، والظاهر مساواتهم فيه.

والثاني: أنه يضمن من الثلث قدر ما لو دفعه إلى ثالث آخر، فلا ينحصر بالثلث، لأن له التسوية بينهم والتفضيل.

ولو كان اقتصر على واحد، فأحد الوجهين أنه يضمن ثلثي الثلث.

والثاني: أنه يضمن أقل ما يجزئه في الدفع إليهما.

فلو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين: صرف الثلث في الصنفين بالتسوية ودفع السدس إلى الفقراء، وأقلهم ثلاثة، وإن صرفه في أحد الصنفين ضمن السدس للنصف الآخر وجهاً واحداً.

ثم عليه صرف الثلث في فقراء البلد الذي فيه المال، دون المالك، كالزكاة، فإن تفرق ماله: أخرج في كل بلد ثلث ما فيه، فإن لم يوجدوا فيه، نقل إلى أقرب البلاد إليه

كما قلنا في زكاة المال، فأما زكاة الفطر ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تخرج في بلد المال، دون المالك كزكاة المال.

والثاني: أنها تخرج في بلد المالك، دون المال، لأنها عن فطرة بدنه، وطهور لصومه.

فإن نقل الزكاة عن بلد المال إلى غيره كان في الأجزاء قولان.

وأما نقل الوصية: فقد اختلف أصحابنا: فمنهم من خرجه على قولين كالزكاة ومنهم من قال: يجزىء قولاً واحداً، وإن أساء؛ لأن الوصية عطية من آدمي فكان له أن يضعها حيث شاء.

فصل: فإذا فرق الثلث فيما وصفنا من الفقراء والمساكين، لم يملكوه إلا بالقبول والقبض، قولاً واحداً، وهكذا كل وصية علقت بصفة لا يلزم استيعاب جنسها وإنما القولان فيمن كان مسمى في الوصية.

والفرق بينهما: أن من تعين بالعطية لم يملك إلا بها، ومن تعين بالوصية ملك بها.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِغَازِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَهُمُ الَّذِينَ مِنَ البَلَدِ الَّذِي بِهِ مَالُهُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح: إذا جعل ثلث ماله مصروفاً في الغارمين. والغارمون ضربان: ضرب استدانوا في المصالح العامة كتحمل للدية «العمد» أو غرم مال في إصلاح ذات البين، أو تيسير الحج، أو إصلاح سبيلهم.

فهذا الصنف من الغارمين، لا يراعي فقرهم، ويجوز أن يعطوا مع الغني.

والثاني: أن يستدينوا في مصالح أنفسهم، فيراعى فيهم الفقر، ولا يجوز أن يعطوا مع الغنى والقدرة. ثم ينظر فيما استدانوا: فإن كانوا صرفوه في مستحب أو مباح: أعطوا، وإن صرفوه في معصية: فإن لم يتوبوا منها لم يعطوا، لما في إعطائهم من إعانتهم عليها وإغرائهم بها.

وإن تابوا ففي إعطائهم وجهان:

وأحدهما: «لا يعطون» لهذا المعنى.

والثاني: يعطون لارتفاعها بالتوبة.

وأقل ما يصرف الثلث في ثلاثة فصاعداً في الغارمين، وأي الصنفين أعطى منهم أجزأ، ويكون ما يعطيهم بحسب غرمهم، قال الشافعي(٢): «ويعطى من له الدين عليهم، أحب إلي، ولو أعطوه في دينهم رجوع أن يسع». فإن صرفه في اثنين: غرم للثالث، وفيه وجهان:

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٧).

(٢) انظر الأم (٤/ ٢٢).

أحدهما: يضمن ثلث الثلث.

والثاني: أنه يضمن أقل ما يجزئه أن يعطيه ثالثاً ويكون ذلك خاصاً بغارمي بلد المال، ومن كان منهم ذا رحم، أولى لما في صلتها من زيادة الثواب، فإن لم يكونوا فجيران المال، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنْبِ﴾ [النِّسَاء: ٣٦].

ولقوله ﷺ: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه»(١).

قال الشافعي: «وأقصى الجوار بينهم أربعين داراً، من كل ناحية» اهـ. هكذا لو أوصى لجيرانه كان جيرانه منتهى أربعين داراً من كل ناحية.

وقال قتادة: الجار: الدار والداران.

وقال سعيد بن جبير: الذين يسمعون الإقامة.

وقال أبو يوسف: هم أهل المسجد.

ودليلنا: ما روي أن رجلاً كان نازلاً بين قوم فأتى النبي ﷺ ليشكوهم، فبعث النبي ﷺ أبا بكر وعمر وعلياً رضي الله عنهم، وقال: اخرجوا إلى باب المسجد، وقولوا: ألا إن الجوار أربعون داراً»(٢).

فصل: ولو أوصى بإخراج ثلثه في سبيل الله وجب صرفه في الغزاة، كما قلنا في الزكاة، ويصرف ذلك في ثلاثة فصاعداً من غزاة البلد الذي فيه ماله، على حسب مغازيهم، في القرب، والبعد، ومن كان منهم فارساً، أو راجلاً، فإن لم يوجدوا في بلد المال، نقل إلى أقرب البلاد فيه.

فصل: ولو أوصى بإخراج ثلثه في بني السبيل صرف فيمن أراد سفراً، إذا كان في بلد المال سواء كان مجتازاً، أو مبتدئاً بالسفر.

فلو أوصى بثلثه في الأصناف الثمانية: صرف فيهم وهم أهل سهمان الزكاة وقسم بين أصنافهم بالتسوية وجاز تفضيل أهل الصنف، بحسب الحاجة، كما قلنا في الزكاة، إلا في شيء واحد وهو أن الزكاة إذا عدم صنف منها، رد على باقي الأصناف، وإذا عدم في الوصية أهل صنف لم يرد على باقي الأصناف ونقل إلى أهل ذلك الصنف في أقرب بلد يوجد فيه، فإن عدموا، رجع سهمهم إلى ورثة الموصي.

والفرق بين الوصية والزكاة: أن الوصية لما تعينت للأشخاص، تعينت للأصناف، والزكاة لما لم تتعين للأشخاص، لم تتعين للأصناف.

فصل: ولو قال: اصرفوا ثلثي في سبيل الخير، أو في سبيل البر، أو في سبيل الثواب.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٠١٤، ٦٠١٥)، ومسلم (١٤١/ ٢٦٢٥).
(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٩/ ٧٣)، وابن حبان في «المجروحين» (٢/ ٥٠).

قال الشافعي[١]: «جزىء أجزاء، فأعطيه ذو قرابته فقراء كانوا أو أغنياء، والفقراء والمساكين، وفي الرقاب، والغارمين، والغزاة، وابن السبيل، والحاج، ويدخل الضيف، والسائل، والمعتر فيهم».

فإن لم يفعل الموصي: ضمن سهم من منعه إذا كان موجوداً.

فصل: ولو أوصى بثلث ماله إلى رجل يضعه حيث رآه لم يكن له أن يأخذ لنفسه شيئاً وإن كان محتاجاً؛ لأنه أمره بصرفه لا بأخذه.

ولم يكن له أن يصرف إلى وارث للموصي، وإن كان محتاجاً؛ لأن الوارث ممنوع من الوصية، وليس له أن يحبسه عند نفسه، ولا أن يودعه غيره.

قال الشافعي[٢] ـ رضي الله عنه ـ: «واختار له أن يعطيه أهل الحاجة من قرابة الميت حتى يغنيهم دون غيرهم، وليس الرضاع قرابة. فإن لم يكن له قرابة من جهة الأب والأم، وكان رضيعاً، أحببت أن يعطيهم، فإن لم يكن له رضيع: أحببت أن يعطي جيرانه، الأقرب منهم فالأقرب، وأقصى الجوار منتهى أربعين داراً من كل ناحية، وأحب أن يعطيه أفقر من يجده، وأشدهم تعففاً، واستئثاراً، ولا يبقى في يده شيئاً يمكنه أن يخرجه من ساعته.

مسألة[٣]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَوْصَى لَهُ فَقَبِلَ أَوْ رَدَّ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي كَانَ لَهُ قَبُولُهُ وَرَدُّهُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَسَوَاءٌ أَوْصَى لَهُ بِأَبِيهِ أَوْ غَيْرِهِ».

قال في الحاوي: اعلم أن الوصية تشتمل على أمرين:

أحدهما: العطية.

والثاني: الولاية.

فأما العطية: فهو ما يوصى به الرجل من أمواله، لمن أحب: فالوقت الذي يصح فيه قبول ذلك ورده، بعد موت الموصي.

فإن قبل أو رد بعد موته: صح وكان على ما مضى من حكم القبول والرد.

فأما في حياة الموصي: فلا يصح قبوله ولا رده.

وقال أبو حنيفة: «يصح الرد ولا يصح القبول، لأن الرد أوسع حكماً من القبول» اهـ. وهذا فاسد لأمور منها:

أن الرد في مقابلة القبول، لأنهما معاً يرجعان إلى الوصية، فلما امتنع أن يكون ما قبل الموت زماناً للقبول، امتنع أن يكون زماناً للرد، وصار كزمان ما قبل الوصية الذي لا يصح فيه قبول، ولا رد عكسه ما بعد الموت كما صح فيه القبول، صح فيه الرد.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٢٣).

(٢) انظر الأم (٤/ ٣٨).

(٣) انظر الأم (٣/ ١٦٧، ١٦٨).

ومنها: أن الرد في حال الحياة عفو قبل وقت الاستحقاق، فجرى مجرى العفو عن القصاص قبل وجوبه، وعن الشفعة قبل استحقاقها.

ومنها: أنه قبل الموت مردود عن الوصية، فلم يكن رده له مخالفاً لحكمها.

فصل: قال الشافعي: «وسواء أوصى له بأبيه، أو غيره» اهـ. وهذا قاله رداً على طائفتين، زعمت إحداهما أن من أوصى له بأبيه وأمه أو بابنه فعليه قبول الوصية، ولا يجوز له ردها.

وزعمت الثانية أنه إذا قبل الوصية بأبيه في حياة الموصي: صح القبول وإن لم يجب عليه، وليس له الرد بعد الموت بخلاف غيره من الوصايا.

وكلا القولين عندنا خطأ، ويكون مخيراً بعد الموت في قبوله ورده كغيره، لأنها وصية.

فعلى هذا إن قبل الوصية بأبيه بعد موت الموصي عتق عليه ثم نظر. فإن كان قبوله صحيحاً: ورثه أبوه لو مات.

فلو كان عند قبوله مريضاً كان في ميراثه لو مات وجهان:

أحدهما: لا يرث، لأن عتقه بالقبول وصية لا تصح لوارث.

والثاني: وهو قول ابن سريج أنه يرث، لأنه لم يخرج ثمنه من ماله فيكون وصية منه.

فعلى هذين الوجهين: لو قبله في مرضه ولا مال له غيره، فعلى الوجه الأول، يعتق ثلثه، ويرق ثلثاه؛ لأنه وصية له وليس الوصية منه.

فصل: وأما الفضل الثاني: وهو الوصية بالولاية على مال طفل، وتفريق ثلثه، أو تنفيذ وصية، فيصح قبولها وردها في حياة الموصي، وبعد موته، بخلاف وصايا العطايا؛ لأن هذا عقد، فكان قبوله في حياة العاقد أصح وتلك عطية تقبل في زمان التمليك، وقبولها على التراخي ما لم يتعين تنفيذ الوصايا.

ولو رد الوصية في حال حياة الموصي، لم يكن له قبولها بعد موته، ولا في حياته. ولو قبلها في حياة الموصي، صحت، وكان له المقام عليها إن شاء والخروج منها إن شاء، في حياة الموصي، وبعد موته.

وقال أبو حنيفة: ليس له الخروج من الوصية بعد موت الموصي، ويجوز له الخروج منها في حياته، إذا كان حاضراً، وإن غاب، لم يجز.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن ما كان لازماً من العقود استوى حكمه في الحياة، وبعد الموت، وما كان غير لازم بطل بالموت، والوصية إن خرجت عن أحدهما صارت أصلاً يفتقر إلى دليل.

والثاني: أنه لو كان حضور صاحب الحق شرطاً في الخروج من الوصية، لكان

رضاه معتبراً، وفي إجماعهم على أن رضاه وإن كان حاضراً غير معتبر دليل على أنه ليس بشرط.

فصل: وإذا اشترى الرجل أباه في مرض موته، بمائة درهم، هي قدر ثلثه، لأنه لا يملك سوى ثلاثمائة درهم عتق عليه من الثلث، ولم يرثه، لأن عتقه إذا كان في الثلث وصية ولا يجمع له بين الوصية والوريث. ولو ورث لمنع الوصية، ولو منعها لبطل العتق والشراء، وإذا بطل العتق والشراء بطل الميراث، فلما كان توريثه، يفضي إلى إبطال الوصية والميراث، أثبتنا الوصية، وأبطلنا الميراث.

فلو اشترى بعد أن عتق أبوه عبداً بمائة درهم، وأعتقه، كان عتقه باطلاً، لأنه قد اشترى ثلثه بعتق أبيه، فرد عليه عتق من سواه. ولو كان قبل شراء أبيه أعتق عبداً هو جميع ثلثه، ثم استوى أباه وليس له ثلث يحتمله، ولا شيئاً منه، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الشراء باطل؛ لأنه لو صح، لثبت الملك، لو ثبت الملك لنفذ العتق، والعتق لا ينفذ جبراً فيما جاوز الثلث، فكذلك كان الشراء باطلاً، وسواء أفاد بعد ذلك، ما خرج ثمن الأب من ثلثه، أو لم يفد، لفساد العقد.

والثاني: أن الشراء صحيح؛ لأنه لم يقترف بالعقد ما يفسده وإنما عتقه بالملك حال يختص بالعاقد، فلم يؤثر في فساد العقد.

فعلى هذا: يستبقى رق الأب، على ملك ولده، وإن أفاد ما يخرج به من ثمن الأب من ثلثه، عتق ولم يرث وإن لم يستفد شيئاً كان على رقه، فإذا مات الابن المشتري، صار الأب موروثاً لورثة ابنه.

فإن كانوا ممن يعتق عليهم الأب، لأنهم أخوة، أو بنون، عتق عليهم بملكهم له بالميراث.

وإن لم يكن الورثة ممن يعتق عليهم الأب، لأنهم أعمام أو بنو أعمام كان ملكهم موقوفاً.

والثالث: أن الشراء موقوف فإن أفاد الابن ما يخرج به عن الأب من ثلثه، عتق عليه، ولم يرثه، وإن أبرأه البائع من ثمنه، عتق عليه، لأنه صار كالموهوب له، وفي ميراثه وجهان، لأن عتقه عليه بغير ثمن.

وإن لم يفد شيئاً، ولا أبرىء من ثمنه، فسخ البيع حينئذٍ، ورد الأب على البائع، لأنه لا يجوز أن يملك الابن أباه، فلا يعتق عليه، فلذلك فسخ العقد فيه. والأول: حكاه أبو حامد الإسفراييني، والوجه الثاني والثالث: حكاهما ابن سريج.

فعلى هذا لو اشترى الابن أباه في مرض موته، وثمنه خارج من ثلثه ثم مات، وعليه دين يستوعب جميع تركته.

فإن أمضى الغرماء ما أعتقه نفذ، وإن ردوه فهو على الرق، وفي بطلان الشراء وجهان:

أحدهما: باطل، لئلا يستبقي ملك الابن لأبيه.

والثاني: جائز، ويباع في دينه، لعجز الثلث عن ثمنه.

ثم يتفرع على هذا: لو وهب أبوه في مرض موته، فقبله وقبضه، وكانت عليه ديون تستوعب جميع تركته، لم يبطل الهبة. وهل ينفذ عتقه، أو يباع ديون غرمائه؟ على وجهين:

أحدهما: أن عتقه نافذ، لأنه لم يستهلك على غرمائه من ماله شيئاً.

والثاني: أن عتقه يرد، كما يرد عتق المباشرة، وتباع ديون غرمائه، لأن ديونهم مقدمة على العتق في المرض، والله أعلم.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَوْصَى بِدَارٍ كَانَتْ لَهُ وَمَا ثَبَتَ فِيهَا مِنْ أَبْوَابِهَا وَغَيْرِهَا مَا فِيهَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، لأن الوصية إذا كانت بالدار، دخل فيها كل ما كان من الدار ولها، ولم يدخل في الوصية كل ما كان في الدار إذا لم يكن منها.

الداخل في الوصية: حيطانها وسقوفها، وأبوابها المنصوبة عليه، وما كان متصلاً بها من زخرفها، ودرجها.

ولم يدخل فيها ما انفصل عنها من أبوابها، ورفوفها، وسلالمها المنفصلة عنها. وجملة ذلك: أن كل ما جعلناه داخلاً في البيع «معها» دخل في الوصية بها وكل ما جعلناه خارجاً عن البيع لم يدخل في الوصية.

ولو كان الموصى به أرضاً: دخل في الوصية نخلها، وشجرها، ولم يدخل فيه زرعها. ولو كان نخلها عند الوصية مثمراً: لم يدخل ثمرها في الوصية إن كان موزاً. وفي دخوله فيها إن كان غير موز وجهان:

أحدهما: يدخل كالبيع.

والثاني: لا يدخل لخروجه عن الاسم وإن كان متصلاً.

وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوليه في دخوله في الرهن.

مسألة(2):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ انْهَدَمَتْ فِي حَيَاةِ المُوصِي كَانَتْ لَهُ إِلَّا مَا انْهَدَمَ مِنْهَا فَصَارَ غَيْرَ ثَابِتٍ فِيهَا».

قال في الحاوي: وصورتها في رجل أوصى لرجل بدار فانهدمت، فلا يخلو انهدامها من ثلاثة أحوال:

---

(1) انظر الأم (٣/١٦٨).

(2) انظر الأم (٣/١٦٨).

أحدها: أن تنهدم في حياة الموصي.

والثاني: بعد موته، وبعد قبول الموصى له.

والثالث: بعد موته، وقبل قبول الموصى له.

فإن انهدمت في حياة الموصي، فهذا على ضربين:

أحدها: أن يزول اسم الدار عنها بالانهدام.

والثاني: أن لا يزول، فإن لم يزل اسم الدار عنها لبقاء بنيان فيها يسمى به داراً: فالوصية جائزة، وله ما كان ثابتاً فيها من بنيانها.

فأما المنفصل عنها بالهدم، فالذي نص عليه الشافعي: أنه يكون خارجاً عن الوصية.

فذهب جمهور أصحابنا إلى حمل ذلك على ظاهره، وأنه خارج عن الوصية، لأن ما انفصل عنها داراً، فلم يكن للموصى له بالدار فيه حق.

وحكي عن أبو القاسم بن كج وجهاً آخر عن بعض أصحابنا أن نص الشافعي على خروج ما انهدم من الوصية محمول على أنه هدمه بنفسه فصار ذلك رجوعاً فيه.

ولو انهدم بسبب من السماء، لا ينسب إلى فعل الموصي وكان ما انفصل بالهدم للموصى له مع الدار؛ لأنه منها، وإنما بان عنها بعد أن تناولته الوصية، وإن كانت الدار بعد انهدامها، لا تسمى داراً، لأنها صارت عرصة لا بناء فيها، ففي بطلان الوصية وجهان:

أحدهما: لا تبطل وهذا قول من جعل الآلة بعد انفصالها ملكاً للموصى له.

والثاني: أن الوصية بها باطلة، وهو الأصح، لأنها صارت عرصة لم تسم داراً. ألا ترى لو حلف لا يدخلها، لم يحنث بدخول عرصتها، بعد ذهاب بنائها. وهذا قول من جعل ما انفصل عنها، غير داخل في الوصية.

فإن كان انهدامها بعد موت الموصي، وبعد قبول الموصى له، فالوصية بها ممضاة، وجميع ما انفصل من آلتها كالمتصل، يكون ملكاً للموصى له لاستقرار ملكه عليه بالقبول.

فصل: فأما إن كان انهدامها، بعد موت الموصي، وقبل قبول الموصى له: فإن لم يزل اسم الدار عنها: فالوصية بحالها، فإن قبلها الموصى له فإن قيل إن القبول يبنى على تقدم الملك بموت الموصي، فكل ذلك ملك للموصى له، المنفصل منها، والمتصل.

فإن قيل إن القبول هو الملك فله ردها وما اتصل بها من البناء، وفي المنفصل وجهان:

أحدهما: للموصى له.

والثاني: للوارث.

وإن لم تسم الدار بعد انهدامها داراً، فإن قلنا إن القبول يبنى على تقدم الملك: فالوصية جائزة، وله العرصة، وجميع ما فيها من متصل، أو منفصل إذا كان عند الموت متصلاً.

وإن قيل إن القبول هو الملك، ففي البطلان بانهدامها وجهان على ما مضى:

أحدهما: باطلة.

والثاني: جائزة، وله ما اتصل بها، وفي المنفصل وجهان.

فصل: فأما إذا كانت الوصية بعبد فعمي، أو زمن، في حياة الموصي أو بعد موته، فالوصية بحالها، لا يؤثر فيها عمى العبد ولا زمانته.

ولو قطعت يده في حياة الموصي: فالوصية بحالها في العبد مقطوعاً، ودية «يده» للموصي، تنتقل إلى ورثته وجهاً واحداً، بخلاف ما انهدم من آلة الدار على أحد الوجهين، لأن الآلة، عين من أعيان الوصية، وليست الدية كذلك، لأنها بدل.

فأما إذا قتل العبد قتلاً مضموناً بالقيمة: ففي بطلان الوصية قولان من اختلاف قوليه في العبد المبيع إذا قتل في يد بائعه، هل يبطل البيع بقتله أم لا؟ على قولين: كذلك يجيء ها هنا في بطلان الوصية قولان:

أحدهما: قد بطلت، لأن القيمة لا تكون عبداً، وكما لو قطعت يده لم يكن أرشها له.

والثاني: أن الوصية لا تبطل، لأن القيمة بدل من رقبته فأقيمت مقامها، وخالفت قيمة رقبته، أرش يده، لأن اسم العبد منطلق عليه، وبعد قطع يده فلم يستحق أرش يده، لأنه جعل له ما ينطلق اسم العبد عليه، وليس كذلك بعد قتله.

ولكن لو قتله السيد بطلت الوصية به قولاً واحداً، لأنه لا يضمن قيمة عبده في حق غيره، وكما لو أوصى له بحنطة، فطحنها، وبالله التوفيق.

فصل: ولو أوصى بعتق عبده، فقتل العبد قبل عتقه، نظر: فإن قتل في حياة الموصي: بطلت الوصية بعتقه، لخروجه في حياة السيد عن أن يكون عبداً. وإن كان قتله بعد موت السيد، فقد حكي عن المزني أن الوصية لا تبطل بعتقه، ويشتري بقيمته عبد يعتق مكانه؛ لأن قيمته بدل منه فصار كمن نذر أضحية فأتلفها بتلف، صرفت قيمتها في أضحية غيرها، ويحتمل أن تبطل الوصية، لخروج القيمة عن أن تكون عبداً، وخالف نذر الأضحية لاستقرار حكمها والعبد لا يستقر حكمه إلا بالعتق.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَجُوزُ نِكَاحُ المَرِيضِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، إذا تزوج امرأة: صح نكاحها، ولها الميراث،

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٨).

والصداق إن لم يزد على صداق مثلها.

فإن زاد: ردت الزيادة إن كانت وارثة، وأمضيت في الثلث إن كانت غير وارثة.

وهكذا المريضة إذا نكحت رجلاً صحيحاً صح نكاحها وورثها الزوج، وعليه صداقها، إن كان مهر المثل فيما زاد.

فإن نكحته بأقل من صداق مثلها بالمحاباة فالنقصان وصية له فترد إن كان وارثاً، وتمضي في الثلث إن كان الزوج غير وارث.

وقال مالك: نكاح المريض فاسد، لا يستحق به ميراثاً، ولا يجب فيه صداق، إلا أن يكون قد أصابها فيلزمه مهر المثل من الثلث مقدماً على الوصايا.

وكذلك نكاح المريضة فاسد، ولا ميراث للزوج.

وقال الزهري: النكاح في المرض جائز، ولا ميراث وقال الحسن البصري: إن ظهر منه الإضرار في تزويجه لم يجز، وإن لم يظهر منه الإضرار وظهر منه الحاجة إليه في خدمة أو غيرها جاز.

ودليل من منع منه شيئان:

أحدهما: وجود التهمة بإدخالهم الضرر على الورثة فصار كالمتلف لماله في مرضه.

والثاني: مزاحمتهم لميراثها ودفعهم على ما ترثه ولدان صار لها فصار كالمانع للورثة من الميراث.

ودليلنا عموم قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النِّسَاء: ٣] ولم يفرق بين صحيح ومريض، وروي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه أنه قال في مرضه: «زوجوني لئلا ألقى الله عزباً»[(١)].

وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام ما أحببت إلا أن تكون لي زوجة».

وروى هشام بن عروة عن أبيه، أن الزبير رضي الله عنه دخل على قدامه يعوده، فبصر عنده بجارية فقال قدامة: زوجني بها فقال: ما تصنع بها وأنت على هذه الحالة فقال: إن أنا عشت فثبت الزبير إن مت فهم أحق من يرثني»[(٢)].

ولأن كل من لم يمنع من التسري بالإماء لم يمنع من نكاح الحرائر كالصحيح. ولأنه فراش لا يمنع منه الصحيح، فوجب ألا يمنع منه المريض كالاستمتاع بالإماء، ولأنه عقد فلم يمنع منه المرض كالبيع والشراء، ولأنه لا يخلو عقده من أن يكون لحاجة أو لشهوة، فإن كان لحاجة لم يجز منعه وإن كان لشهوة فهي مباحة له كما أبيح له أن يلتزم بما شاء من أكل أو لبس.

---

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٤/ ٣١)، والبيهقي في «معرفة السنن» (٣٩٣٠).

(٢) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٥/ ١٠٢).

فأما الجواب عن استدلالهم بالتهمة ودخول الضرر فهو أن التهمة تبعد عمن هو في مرض موته؛ لأنه في الأغلب يقصد وجه الله عز وجل والضرر لا يمنع من جواز العقود كالبيع، ولأنه إن كان ضرراً لورثته فهو منفعة لنفسه وهو أحق بمنفعة نفسه من منفعة ورثته.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن فيه مزاحمة لبعض الورثة «ودفع» لبعضهم فهو أن ما لم يمنع الصحة منه لم يمنع المرض منه كالإقرار بوارث وكالاستيلاء للأمة.

فصل: فإذا ثبت إباحة النكاح في المرض، فله أن يتزوج ما أباحه الله تعالى من واحدة إلى أربع، كهو في الصحة، ولهن الميراث، إن مات من ذلك المرض أو غيره.

وأما الصداق، فإن كان مهرهن، صدق أمثالهن، فلهن الصداق مع الميراث. وإن كانت عليه ديون، شاركهن الغرماء في التركة، وضربن معهم بالحصص. وإن تزوجهن، أو واحدة منهن، بأكثر من صداق مثلها، كانت الزيادة على صداق المثل وصية في الثلث.

فإن كانت الزوجة وارثة ردت الوصية، لأنه وصية لوارث. وإن كانت غير وارثة لرق أو كفر، دفعت الزيادة إليها، إن احتملها الثلث، وما احتمله منها يتقدم منها على الوصايا كلها، لأنها عطية في الحياة. وهكذا لو كانت الزوجة حرة مسلمة، فماتت قبله، صحت الزيادة لها، إن احتملها الثلث، لأنها بالموت قبله، غير وارثة.

فلو كانت حين نكاحها في المرض أمة، أو ذمية، فأعتقت الأمة، وأسلمت الذمية، صارت وارثة، ومنعت من الزيادة على صداق مثلها، ولو صح المريض من مرضه، ثم مات من غيره أو لم يمت، صحت الزيادة على صداق المثل من رأس المال لوارثه، وغير وارثه.

فعلى هذا: لو تزوج في مرضه ذمية على صداق ألف درهم، وصداق مثلها خمسمائة، ومات، ولا مال له غير الألف التي هي صداقها: أعطيت من الألف ستمائة وستة وستين درهماً وثلث درهم؛ لأنها لها خمسمائة من المال، وتبقى خمسمائة هي جميع التركة، وهي الوصية لها، فأعطيت ثلثها، وذلك مائة درهم وستة وستون درهماً، وثلث درهم، تأخذها مع صداق مثلها.

ولو خلف الزوج مع الصداق خمسمائة درهم: صارت التركة بعد صداق المثل ألف درهم، فلها ثلثها، ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهماً وثلث.

ولو خلف مع الصداق ألف درهم، خرجت الزيادة على صداق المثل من الثلث وأخذت الألف كلها.

فصل: فإذا تزوج الرجل في مرضه امرأة على صداق ألف درهم، ومهر مثلها خمسمائة، ثم ماتت المرأة قبله، ثم مات الزوج من مرضه، ولا مال له غير الألف التي أصدقها ولا لها، فإنه يجوز من المحاباة، قدر ما احتمله الثلث، لأنها صارت بالموت

قبله غير وارثه، وصاروا وارثاً لها، فزادت تركته بما ورثه منها.

وإذا أرادت تركته بما ورثه منها، زاد في قدر ما يجوز من المحاباة لها، فإذا ردت منها النصف: صح لها من المحاباة، ثلاثمائة درهم، فتضم إلى صداق مثلها، وهو خمسمائة، يصير لها من الألف بصداق المثل، والمحاباة، وله النصف، وهو أربعمائة درهم يصير معه ستمائة درهم، وذلك ضعف ما خرج من المحاباة وهي ثلاثمائة درهم.

ومخرجه بحساب الجبر سهل على المرياض، ولكن نذكر وجه عمله بحساب الباب لسهولته على من لم يكن له بحسب الجبر ارتياض.

عمله بحساب الباب أن ننظر تركة الزوج، وهي خمسمائة درهم التي هي المحاباة من الصداق، ويضم إليها ما ورثه زوجته من صداق مثلها، وهو نصف الخمسمائة، مائتان وخمسون، تصير جميع التركة سبعمائة وخمسين درهماً، وتستحق الزوجة منها بالمحاباة ثلثها، وهو سهم من ثلاثة وقد عاد إلى الزوج نصفه بالميراث وهو نصف سهم فأسقطه من الثلث يبقى سهمان ونصف فأضعفها ليخرج الكسر منها يكن خمسة أسهم، ثم أضعف التركة لأجل ما أضعفته من السهام تكن ألف درهم وخمسمائة، ثم أقسمها على السهام الخمسة، تكن حصة كل منهم، منها ثلاث مائة، وهي قدر المحاباة.

فعلى هذا: لو كانت المسألة بحالها، وخلف الزوج مع الألف التي أصدقها مائتي درهم. فطريق العمل فيها بحساب الباب الذي ذكرته أن ينظر تركة الزوج وهي سبعمائة، لأن له مائتي درهم سوى الصداق وخمسمائة محاباة من الصداق فاضمم إليها ما ورثه عن زوجته من صداق مثلها، وهو مئتان وخمسون، تصير جميع التركة تسعمائة وخمسين درهماً تقسم على سهمين ونصف، فأضعف السهام والتركة، تكن السهام خمسة والتركة ألف درهم وتسعمائة درهم، ثم أقسمها على السهام الخمسة تكن حصة كل سهم منها ثلاثمائة درهم، وثمانين درهماً وهو القدر الذي احتمله الثلث من المحاباة. وإذا ضممته إلى صداق المثل وهو خمسمائة صار ثمانمائة وثمانين درهماً وقد بقي مع وارث الزوج ثلاثمائة وعشرون درهماً وعاد إليه نصف تركة الزوجة بالميراث، وذلك أربعمائة وأربعون درهماً يصير الجميع تسعمائة وستين درهماً وهو ضعف ما خرج بالمحاباة، لأن الذي خرج منها ثلاثمائة وثمانون درهماً.

فلو كانت المسألة بحالها وخلف الزوج مع الألف التي أصدق خمسمائة درهم صحت المحاباة كلها، لأن بيد ورثة الزوج عنده الخمسمائة ويعود إليه نصف ميراث الزوجة وهو خمسمائة يصير بيده ألف درهم هي ضعف المحاباة. فلذلك صح جميعها، ولو لم يخلف الزوج شيئاً سوى الألف الصداق ولكن خلفت الزوجة سوى الصداق ألفاً أخرى صحت المحاباة كلها، لأنها تصير تركة الزوجة ألفي درهم، يرث الزوج نصفها وهو ألف درهم، وهي ضعف المحاباة، فلذلك صحت.

فلو تركت الزوجة سوى الألف الصداق خمسمائة درهم كان الخارج لها بالمحاباة

أربع مائة درهم، لأن تركة الزوجة هي الخمسمائة المحاباة وورث من الزوجة، نصف تركتها وهي ألف درهم، لأن تركتها صداق مثلها، وهي خمسمائة درهم، وما خلفته سوى ذلك وهو خمسمائة درهم، فإذا أخذ الزوج نصف تركتها وهو خمسمائة درهم، وضم إلى ما اختص به من التركة، صارت تركته «ألف» درهم، تقسم على سهمين ونصف فإذا أضعف سهام التركة صارت السهام خمسة، والتركة ألفين فإن قسمتها على الخمسة كانت حصة كل سهم منها، أربعمائة درهم، وذلك قدر ما احتمله الثلث من المحاباة وقد بقي مع وارث الزوج من بقية الصداق مائة درهم، وصار إليه من تركة الزوج، بحق النصف سبعمائة درهم، فصار الجميع ثمان مائة درهم، وذلك ضعف ما خرج بالمحاباة، لأن الخارج منها أربعمائة درهم.

فصل: فإذا تزوجها على صداق ألف لا يملك غيرها، ومهر مثلها خمسمائة درهم، ثم ماتت قبله وهي ذات ولد يحجب الزوج إلى الربع، ولم يخلف سوى الألف فباب العمل فيه أن يضم «ربع» الخمسمائة التي هي صداق مثلها وهي مائة وخمسة وعشرون إلى الخمسمائة التي له، وهي المحاباة تكن ستمائة وخمسة وعشرين درهماً للزوجة منها ثلثها، وهو سهم من ثلاثة، وقد ورث الزوج أربعة وهو ربع سهم فأسقطه من الثلاثة، ويبقى سهمان وثلاثة أرباع فأبسطها أرباعاً تكن أحد عشراً، ثم اضرب الستمائة، والخمسة والعشرين في أربعة تكن ألفان وخمسمائة فاقسمها على أحد عشر تكن حصة كل سهم منها ما تبقى، درهم وسبعة وعشرون درهماً وثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وهو الخارج لها بالمحاباة.

وإذا ضممته إلى الخمسمائة التي هي صداق المثل صارت تركتها سبعمائة وسبعة وعشرين ودرهماً وثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم الألف مائتان واثنان وسبعون درهماً وثمانية أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وورث من الزوجة ربع تركتها وذلك مائة درهم وأحد وثمانون درهماً وتسعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم.

يصير الجميع أربعمائة وأربع وخمسين درهماً وستة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وذلك مثل ما خرج بالمحاباة، لأن الخارج بها مائتان وسبعة وعشرون درهماً وثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم.

فلو كانت المسألة بحالها ولحق ربع الزوج عول؛ لأنه كان معه من ورثتها أبوان فقد صارت فريضتها من خمس عشر للزوج منها ثلاثة فصارت معه خمسة فإذا كان كذلك فاضمم إلى تركته وهي خمسمائة المحاباة ما ورثه عن زوجته من صداق مثلها وهو خمس الخمسمائة تكن مائة درهم تصير معه ستمائة درهم للزوجة منها بالمحاباة الثلث سهم من ثلاثة قد ورث الزوج خمسة فأسقطه من الثلاثة يبقى سهمان وأربعة أخماس فابسطه أخمساً تكن أربعة عشر ثم اضرب تركة الزوج وهي ستمائة في خمسة تكن ثلاثة الآلف ثم اقسمها على أربعة عشر تكن حصة كل سهم منها مائتان درهم وأربعة عشر درهماً وسُبعا

درهم وهو قدر ما احتمله الثلث في المحاباة فإذا ضم إلى صداق مثلها وهو خمسمائة صارت تركتها سبعمائة درهم وخمسة وثمانين درهماً وخمسة أسباع درهم وورث من تركة الزوجة خمسها وذلك مائة درهم واثنان وأربعون درهماً وستة أسباع درهم فصار معه أربعمائة درهم وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم وذلك مثلاً ما خرج بالمحاباة؛ لأن الخارج بها مائتا درهم وأربعة عشر درهماً وسبعا درهم.

فلو كانت المسألة بحالها وكان ميراث الزوج بالعول خمساً وأوصت الزوجة بإخراج ثلثها فوجه العمل بالباب الذي قدمناه أن تضم إلى تركة الزوج وهي خمسمائة المحاباة قدر ما يرثه من زوجته من صداق مثلها وهو الخمس من ثلث الخمسمائة وذلك ستة وستون درهماً وثلث درهم تكن خمسمائة درهم وستة وستين درهماً وثلثي درهم للزوجة منها بالمحاباة ثلثها وقد أوصت في هذا الثلث بإخراج ثلثه فبقي لها من الثلث ثلثاه وذلك تسعا المال ثم ورث الزوج خمس هذين التسعين وذلك سهمان من خمسة وأربعين سهماً هي مضروب ثلاثة في ثلاثة في خمسة، لأن فيها ثلث ثلث وخمساً فأسقط هذين السهمين من عول هذه السهام.

تبقى ثلاثة وأربعون درهماً ثم اضرب التركة وهي خمسمائة وستة وستون درهماً وثلثا درهم في خمسة عشر هي مخرج الثلث والخمس لأنك ضربت الثلاثة في خمسة عشر، فإذا فعلت ذلك كان معك ثمانية آلاف وخمسمائة فاقسمها على ثلاثة وأربعين سهماً يكن قسط السهم الواحد منها مائة درهم وتسعة وتسعين درهماً وتسعة وعشرين جزءاً من ثلاثة وأربعين جزءاً من درهم وهو ما احتمله الثلث من المحاباة.

فإذا ضممته إلى صداق مثلها وهو خمسمائة صار جميع ما تملكه من الألف ستمائة درهم وسبعة وتسعين درهماً وتسعة وعشرين جزءاً من ثلاثة وأربعين جزءاً من درهم وبقي للزوج من الألف ثلاثمائة درهم وأربعة عشر جزءاً من ثلاثة وأربعين جزءاً من درهم، يكن باقي تركتها بعد إخراج الثلث أربعمائة درهم وخمسة وسبعين درهماً وخمسة أجزاء من ثلاثة وأربعين جزءاً من درهم يرث الزوج خمسها وهو ثلاثة وتسعون درهماً وجزءاً من ثلاثة وأربعين جزءاً من درهم فإذا ضممته إلى ما بقي له من الألف وهو ثلاثمائة درهم ودرهمان وأربعة عشر جزءاً صار الجميع ثلاثمائة وخمسة وتسعين درهماً وخمسة عشر جزءاً من ثلاثة وأربعين جزءاً من درهم وهو مثلي ما خرج بالمحاباة، لأن الخارج بها مائة درهم وسبعة وتسعون درهماً وتسعة وعشرون جزءاً من ثلاثة وأربعين جزءاً من درهم.

ولو كان الزوج قد أوصى في هذه المسألة بإخراج ثلثه ردت وصيته، لأن ثلثه مستحق في محاباة مرضه، والعطايا في المرض مقدمة على الوصايا بعد الموت.

فصل: فإذا أعتق الموصي جارية في مرضه وقيمتها خارجة من ثلثه ثم تزوجها على صداق لا يعجز المال عن احتماله كان العتق نافذاً في الثلث والنكاح جائز النفوذ والعتق ولها والصداق من رأس المال إن لم يكن فيه محاباة وإن كانت فيه محاباة كانت في الثلث

ولا ميراث لها منه، لأنه لا يجوز أن يجمع لشخص بين الميراث والوصية فلو ورثت منعت الوصية، وإذا منعت الوصية بطل العتق وإذا بطل العتق بطل النكاح، وإذا بطل النكاح سقط الميراث، فلما كان توريثها مقضياً إلى إبطال عتقها، وميراثها أمضيت الوصية بالعتق وصح النكاح وأسقط الميراث.

ولو كان هذا المعتق لا يملك غير هذه الأمة: عتق ثلثها، ورق ثلثاها، وبطل نكاحها لأجل ما بقي له من رقها فإن لم يجامعها فلا دور فيها وقد صار العتق مستقراً في ثلثها، والرق باقياً في ثلثيها، وإن وطئها دخلها دور لأجل ما استحقته من مهر مثلها بالوطء. فلو كانت قيمتها مائة ليس للسيد غيرها، ومهر مثلها خمسون استحقت منه بقدر ما يجزيء من عتقها، وسقط منه بقدر ما بقي من رقها فيعتق سبعاها ويرق للورثة أربعة أسباعها، ويوقف سبعها، لأجل ما استحقته من سبعي مهرها.

ووجه العمل فيه: أن تجعل للعتق سهماً وللورثة سهمين، ليكون لهم مثل ما أعتق، ولهم المثل نصف سهم، لأن مهر المثل نصف قيمتها يكون ثلاثة أسهم ونصف فابسطها لمخرج النصف يكن سبعة أسهم فاجعلها مقسومة على هذه السهام السبعة سهمان منها للعتق فيعتق سبعاها، وذلك بثمانية وعشرين درهماً وأربعة أسباع درهم، ورق أربعة أسباعها للورثة، وذلك سبعة وخمسون درهماً وسبع درهم، وهو مثلاً ما خرج بالعتق، ويوقف سبعاها، وذلك أربعة عشر درهماً وسبعا درهم، بإزاء سبعي مهر مثلها الذي استحق بقدر حريتها، فإن بيع لها استرقه المشتري، وإن فداه الورثة استرقوه على أربعة أسباعهم، وإن أخذته بحقها عتق عليها بالملك، فإن أبرأت السيد منه، عتق عليها مع سبعيها وصار ثلث أسباعها حراً.

فلو كانت قيمتها مائة درهم فأعتقها، فتزوجها على صداق مائة درهم، وخلف معها مائتا درهم، فإن لم يدخل بها قبل موته عتق جميعها، وصح نكاحها وبطل صداقها، وسقط ميراثها، واعتدت عدة الوفاة، وأما نفوذ عتقها فلأنه قد حصل للورثة مائتا درهم هي مثلا قيمتها، وأما صحة نكاحها: فلأنه قد عتق جميعها، وأما سقوط مهرها: فلأنها لو أخذته لعجزت التركة عن جميعها وعجزها عن جميعها يوجب بطلان نكاحها وبطلان نكاحها يوجب سقوط مهرها، فصار إيجاب صداقها مقضياً إلى بطلان عتقها ونكاحها وصداقها. فأسقط الصداق ليصح العتق والنكاح، وأما سقوط الميراث: فلئلا يجمع لها بين الوصية والميراث. وأما عدة الوفاة فلموته عنها وهي على زوجتيه، وإن كان قد دخل بها فقد استحقت بالدخول مهراً، فإن أبرأت منه بعد العتق فقد صح النكاح، واعتدت عدة الوفاة، وإن طالب به كان لها لاستحقاقها له بالدخول وصار ديناً لها في التركة لعجز الثلث عن عتق جميعها، وإذا عجز الثلث من عتق جميعها رق منها قدر ما لا يحتمله الثلث وإذا رق منها شيء بطل نكاحها ولم يلزمها عدة الوفاة، واستحقت حريتها من مهر المثل دون المسمى، لأن بطلان النكاح قد أسقط المسمى ودخلها دور.

فإذا كان مهر مثلها خمسين درهماً وقيمتها مائة درهم قد خلف معها مائتا درهم صارت تركته ثلاثمائة درهم فقسمت على سبعة أسهم، لأن لها بالعتق سهماً وبالمهر نصف سهم وللورثة سهمان تكون ثلاثة أسهم ونصفاً فإذا بسطت كانت سبعة أسهم فيعتق عنها بسبعي التركة ستة أسباعها وذلك بخمس وثمانين درهماً وخمسة أسباع درهم وجعلت لها ستة أسباع مهر مثلها سبع التركة وذلك ثمانية وأربعون درهماً وستة أسباع درهم وجعلت للورثة أربعة أسباع التركة، وذلك مائة درهم واحد وسبعون درهماً وثلاثة أسباع درهم وقد بقي معهم من الدراهم مائة وسبعة وخمسون درهماً وسبع درهم ورق لهم من المائة سبعها وذلك أربعة عشر درهماً وسبعي درهم صار جميع ماله مائة درهم واحداً وسبعين درهماً وثلاثة أسباع درهم وهو مثلا ما أعتق منها. فلو كانت المسألة بحالها وكانت المائتا درهم التي تركها السيد من كسبها فقد صار لها في التركة حقان:

أحدهما: ما يستحقه من كسبها بقدر حريتها.

والثاني: ما يستحقه من مهر مثلها فيجعل لها بالعتق سهماً وبالكسب سهمين لأنها كسبت مثلي قيمتها ويجعل لها بمهر المثل نصف سهم، لأن مهر مثلها مثل نصف قيمتها ويجعل للورثة سهمين وذلك مثلا سهم عتقها يصير الجميع خمسة أسهم ونصفاً فأضعف لمخرج النصف منها تكن أحد عشر سهماً، منها للعتق سهمان وللكسب أربعة أسهم وللمهر سهم وللورثة أربعة أسهم ثم أجمع بين سهم العتق وسهام الكسب الأربعة تكن ستة وهي قدر ما يعتق منها فيعتق منها ستة أسهم من أحد عشر سهماً وقيمة ذلك أربعة وخمسون درهماً وستة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ويملك بذلك ستة أسهم من أحد عشر سهماً من كسبها وذلك مائة درهم وتسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءاً من درهم وتستحق بذلك ستة أجزاء من أحد عشر سهماً من مهر مثلها، وذلك سبعة وعشرون درهماً وثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ويبقى مع الورثة من الكسب ثلاثة وستون درهماً وسبعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وقد رق لهم من رقبتها خمسة أسهم من أحد عشر سهماً وقيمة ذلك خمسة وأربعون درهماً وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم يصير جميع ما بأيديهم مائة وتسعة دراهم وجزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم وذلك مثلا ما عتق منها، لأن الذي عتق منها أربعة وخمسون درهماً وستة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم والله أعلم بالصواب.

فصل: وإذا أعتق المريض عبداً هو بقدر ثلثه، ثم أعتق بعده عبداً آخر هو بقدر ثلثه: نفذ عتق الأول، ورق الثاني، من غير قرعة.

وقال أبو حنيفة رضوان الله عليه:

يكون الثلث بينهما نصفين، ويعتق من كل واحد منهما نصفه اهـ.

وهذا فاسد لأن الأول قد استوعب الثلث كله.

فأما إذا أعتقهما معاً بلفظة واحدة، وهما ثلثا ماله، أعتق أحدهما بالقرعة تكميلاً

للعتق في أحدهما: فلو استحق أحدهما، تعين العتق في الثاني منها، وبطلت القرعة.

ولو أعتق عبداً هو قدر ثلثه، فاستحق نصفه، لم يبطل العتق في النصف المستحق، وكان لمستحقه قيمته، وكان كشريك أعتق حصته في عبد وهو موسر وخالف استحقاق أحد العبدين.

ولو دبر عبداً هو قدر ثلثه، فاستحق نصفه، بطل فيه التدبير، ولا تقويم بخلاف المعتق، لأن من دبر حصته من عبد لم يقوم عليه، وإن مات موسراً، لأنه بعد الموت معسر.

ولو قال: إذا أعتقت سالماً، فغانم حر، ثم قال: يا سالم أنت حر، فإن خرج سالم وغانم من ثلثه، عتقا جميعاً، وكان عتق سالم بالمباشرة، وعتق غانم بالصفة.

وإن خرج أحدهما من الثلث دون الآخر: عتق سالم المنجز عتقه بالمباشرة دون غانم المعلق عتقه بالصفة، لأن سالم يعتق سالم، لم تكمل الصفة التي علق بها عتق غانم.

فلذلك قدم عتق سالم على غانم.

ولو كان قال: إذا أعتقت سالماً فغانم في حال عتق سالم حر، ثم أعتق سالماً، والثلث يحتمل أحدهما، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج أنها على سواء، كما لو أعتقهما معاً، لأنه جعل عتق الصفة، في حال عتق المباشرة، وبخلاف ما تقدم، فيعتق أحدهما بالقرعة، ولا يقدم عتق المباشرة على عتق الصفة.

والثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني أنه يقدم عتق سالم، والمعتق بالمباشرة على عتق غانم المعتق بالصفة؛ لأن عتق المباشرة أصل وعتق الصفة فرع، فكان حكم الأصل، أقوى من حكم الفرع، فسوى بين هذه المسألة، والتي تقدمت.

ولو قال لعبده، يا سالم إذا تزوجت فلانة، فأنت حر، ثم تزوج فلانة على صداق ألف، ومهر مثلها خمسمائة، وقيمة سالم خمسمائة، وثلث ماله خمسمائة درهم، فإن كانت الزوجة وارثة، بطلت المحاباة في صداقها، لأنها وصية لا تصح لوارث، وعتق سالم، لأنه بقدر الثلث.

وإن كانت غير وارثة كانت أحق بالثلث، في محاباة صداقها من العتق، ورق سالم، لأن صفة عتقه، تقدم النكاح، فصارت المحاباة فيه أسبق من العتق. ولو قال: إذا تزوجت فلانة فأنت حر في حال تزوجي لها: فإن ورثت الزوجة: عتق سالم، وإن لم ترث فعلى قولي ابن سريج وأبي حامد جميعاً، يكون سهماً، لأنه مثل قيمة العبد وللورثة سهمين، ثم أجمع السهام تكن أربعة، وتقسم التركة عليها، وهي ثلاثمائة درهم، يكن قسط كل سهم خمسة وسبعين درهماً، وهو سهم العتق، فأعتق منه بخمسة وسبعين درهماً، تكن ثلاثة أرباعه، فيصير ثلاثة أرباعه حراً، ويأخذ من التركة ثلاثة أرباع أرش

جنايته، وذلك خمسة وسبعون درهماً، ويبقى مع الورثة مائة وخمسة وعشرين درهماً وربع العبد بخمسة وعشرين درهماً، وهو مثلا ما خرج بالعتق.

فلو كانت المسألة بحالها وكان أرش الجناية ثلاثمائة درهم، جعلت للعتق سهماً وللأرش ثلاثة أسهم، لأنه ثلاثة أمثال قيمة العبد، وللورثة سهمين يكون الجميع ستة أسهم، ثم قسمت التركة، وهي ثلاثمائة درهم، على ستة أسهم تكن حصة كل سهم خمسين درهماً، وهو سهم للعتق فأعتق منه بالخمسين درهماً، تكن نصفه، فيصير نصفه حراً، ونصفه رقاً، ونأخذ من التركة نصف أرش جنايته، وذلك مائة درهم وخمسون درهماً، ويبقى مع الورثة خمسون درهماً ونصف العبد خمسين درهماً، يصير الجميع مائة درهم، وذلك مثلي ما خرج بالعتق والله أعلم.

الثلث في المحاباة والعتق بالسوية، ولا يقدم أحدهما على الآخر، لأن صفة العتق، وجود النكاح، والنكاح قد كمل، وإن بطلت بعض محاباته، وليس كالعتق والله أعلم.

فصل: وإذا أعتق المريض عبداً قيمته مائة درهم، لا مال له سواه، عتق ثلثه ورق ثلثاه.

فإن أجاز الورثة عتق ثلثيه، فإن قيل: إن إجازتهم تنفيذ وإمضاء لم يحتج الوارث مع الإجازة أن يتلفظ بالعتق، وكان ولاء جميعه للمعتق.

وإن قيل: إن إجازتهم ابتداء عطية منهم، لم يعتق بالإجازة إلا أن يتلفظ بعتقه، أو ينوي بالإجازة العتق؛ لأن الإجازة كناية في العتق، ثم قد صار جميعه حراً، وولاء ثلثه للمعتق الميت، وفي ولاء باقي ثلثيه وجهان:

أحدهما: وهو قول الإصطخري: للوارث، لأنه تحرر بعتقه.

والثاني: وهو قول أبي الحسن الكرخي: أنه للمعتق الميت، تبعاً للثلث، لأن الوارث ناب فيه عن الموروث، المعتق، وصار كمن أعتق عبده عن غيره بأمره فإن ولاءه يكون للمعتق عنه دون المالك.

فإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم، وخلف سوى العبد مائة درهم: عتق ثلثا العبد وذلك ثلث التركة، لأن التركة مائتا درهم وثلثها ستة وستون درهماً وثلثان، وذلك قيمة ثلثي العبد.

فلو خلف سوى العبد مائتي درهم عتق جميعه لخروجه من ثلث التركة. فلو كان السيد والمسألة بحالها قد جنى على العبد بعد عتقه جناية أرشها مائة درهم: قيل للعبد إن عفوت عن أرش الجناية نفذ عتقك لخروج قيمتك من الثلث وإن لم تعف عجز جميع الثلث عن قيمتك فرق منك، قدر ما عجز الثلث عنه وسقط من أرش الجناية بقسطه وكان لك من الأرش بقدر ما عتق منك وصار فيك دور، وإذا كان هكذا فباب العمل فيه أن تجعل للعتق سهماً وللأرش سهمين.

فصل: وإذا أعتق المريض عبداً قيمته مائة درهم ولا مال له سواه فكسب العبد في حياة سيده مائة درهم فكسب لنفسه على حريته ورقه فما قابل حريته فهو له غير مضموم إلى التركة ولا محسوب في الثلث وما قابل رقه فهو للسيد مضموم إلى تركته فوائد في ثلثه فيصير بالكسب دور في العتق وقدر الدائر السدس، لأنه لو لم يكتسب شيئاً لعتق ثلثه وإذا كسب مثل قيمته عتق نصفه فصار الزائد بكسبه في العتق بقدر سدسه وبابه أن نجعل للعتق سهماً وللكسب سهماً وللورثة سهمين تصير أربعة أسهم فأقسم العبد عليها فأعتق منه بسهمين منها وهو سهم المعتق وسهم الكسب فيعتق نصفه بخمسين درهماً يملك به نصف كسبه وهو خمسون درهماً يصير معهم من رقبته وكسبه مائة درهم هي مثلاً ما خرج بالعتق وإن كسب العبد والمسألة بحالها مائتي درهم جعلت له بالعتق سهماً وبالكسب سهمين، لأنه مثل قيمته وجعلت للورثة سهمين تكن خمسة أسهم يقسم العبد عليها فيعتق منه ثلاثة أسهم هي سهم العتق وسهما الكسب ثلاثة أخماسه بستين درهماً ويملك به ثلاثة أخماس كسبه مائة وعشرون درهماً ويزيد للورثة خمساه بأربعين درهماً ويبقى لهم خمسا كسبه ثمانون درهماً وذلك مائة وعشرون درهماً وهي مثلا ما أعتق منه وإن شئت ضممت للكسب وهو مائتا درهم إلى قيمة العبد وهي مائة درهم تكن ثلاثمائة درهم ثم قسمتها على خمسة أسهم يكن قسط كل سهم ستين درهماً، فيعتق منه بقدر ما خرج به السهم الواحد وهو ثلاثة أخماسه وتتبعه ثلاثة أخماس كسبه فيزيد خمساه وتتبعه خمسا كسبه ولو كان كسبه خمسين درهماً جعلت له بالعتق سهماً وبالكسب نصف سهم، لأنه مثل نصف قيمته وجعلت للورثة سهمين فيصير ذلك ثلاثة أسهم ونصفاً فأبسطها لمخرج النصف تكت سبعة ثم أقسم العبد عليها وأعتق منه ثلاثة أسهم منها وهي سهما العتق وسهما الكسب يعتق منه ثلاثة أسباعه مع اثنين وأربعين درهماً وستة أسباع درهم ويملك به ثلاثة أسباع كسبه أحداً وعشرين درهماً وثلاثة أسباع درهم ويزيد للورثة أربعة أسباعه لسبعة وخمسين درهماً وسبع درهم وتبقى لهم أربعة أسباع كسبه وهو ثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم يكن الجميع خمسة وثمانين درهماً وخمسة أسباع درهم وذلك مثل ما عتق منه ولو أعتقه وقيمته مائة درهم وخلف سواه مائة درهم وكسب العبد قبل موت سيده مائة درهم فاجعل للعتق سهماً وللكسب سهماً وللورثة سهمين ثم اجمع الكسب إلى التركة تكن ثلاثمائة درهم ثم اقسمها على أربعة أسهم تكن حصة كل سهم خمسة وسبعين درهماً وهو قدر ما خرج بالعتق فأعتق في العبد بخمسة وسبعين درهماً تكن ثلاثة أرباعه وتأخذ ثلاثة أرباع كسبه خمسة وسبعين درهماً يبقى مع الورثة مائة درهم من أصل التركة وخمسة وعشرون درهماً بقية الكسب وربع العبد بخمسة وعشرين درهماً يكن الجميع مائة درهم وخمسين درهماً وهو مثلا ما عتق منه، وهكذا لو زادت قيمة العبد كانت في حكم كسبه، لأنه في قدر ما عتق منه مقوم ليوم العتق وفيما رق منه مقوم يوم الموت فإن زاد مثل قيمته كان كما لو كسب مثل قيمته وإن زاد نصف قيمته كان كما لو كسب نصف قيمته فإذا كانت قيمته مائة درهم يوم العتق فصارت قيمته مائتي درهم يوم الموت عتق منه نصفه وقيمة

نصفه يوم العتق خمسون درهماً ورق نصفه وقيمة نصفه يوم الموت مائة درهم وذلك مثلا ما عتق منه والعمل فيه كالعمل في الكسب.

فصل: وإذا أعتق في مرضه أمة حاملاً وعتقت مع حملها سواء أراده أو لم يرده، لأنه لا يجوز أن تلد الحرة مملوكاً وفيما يقوم في ثلث العتق وجهان:

أحدهما: تقوم الأمة حاملاً يوم العتق ولا اعتبار بقيمة الولد فإن خرجت الأمة من الثلث نفذ عتقها وعتق ولدها، وإن لم تخرج الأمة من الثلث عتق منها بقدر ما احتمله الثلث من نصف مثله وعتق من ولدها مثله ورق منها ما لم يحتمله الثلث ورق من ولدها مثله.

والثاني: أن ينظر بالأمة حتى تلد ثم تقوم بعد الولادة ويقوم الولد يوم ولد وتجمع بين القيمتين فيعتبر أنه في الثلث فإن احتملها الثلث عتق، وإن لم يحتملها الثلث عتق منهما معاً بالسوية قدر ما احتمله الثلث ولم يقرع بينهما بخلاف العبدين، لأن الولد تبع الأمة إذا كان حملاً يعتق بعتقها ويرق برقها ولا يجوز أن يكون بينهما شيء لا يعتق من حملها مثله فعلى هذا لو كانت قيمة الأم مائة درهم وقيمة الولد يوم ولد خمسين درهماً فإن كان الثلث مائة وخمسين درهماً عتق معاً وإن كان الثلث مائة فهو يقدر ثلثي العبد فيعتق من الأم ثلثاها ستة وستين درهماً وثلثي درهم ويعتق من الولد ثلثاه ثلاثة وثلاثين درهماً وثلث درهم ورق ثلث الأم، وثلث الولد، ولو أن مريضاً أعتق كل حمل أمته لم يسر العتق إلى الأم وكان الحمل وحده حراً ذكراً كان أو أنثى، واحداً أو عدداً، لأن الأمة قد يجوز أن تلد حراً، فلذلك لم يسر عتق الحمل، إلى الأم، والحرة لا يجوز أن تلدا عبداً، فلذلك سرى عتق الأم إلى الحمل.

فعلى هذا تعتبر قيمة الحمل بعد الولادة وجهاً واحداً.

فلو أعتق الأم بعد عتق حملها نظر: فإن كان الثلث محتملاً لقيمة الأولاد والأم عتقوا جميعاً كلهم، وإن احتمل قيمة الأولاد دون الأم عتق الأولاد ورقت الأم من غير قرعة، لأنه قدم عتقهم على عتق الأم، ولو اتسع الثلث للأولاد وبعض الأم: عتق جميع الأولاد وعتق من الأم قدر ما بقي من الثلث وكان باقيها رقاً ولو ضاق الثلث عن قيمة الأولاد كلهم أقرع بين الأولاد وجرى عتقه من احتمله الثلث منهم ورق من لم يحتمله الثلث مع الأم، وإنما أقرع بينهم، ولم يجعل ما احتمله الثلث من العتق مقسطاً بينهم، لأنه قد يجوز أن يعتق بعضهم ويرق بعضهم وقد أعتقهم بلفظة واحدة فصار كمن أعتق ثلاثة أعبد له بكلمة واحدة والثلث لا يحتمل إلا أحدهم عتق أحدهم بالقرعة. ولو أن مريضاً أعتق أمة حاملاً وأعتق حملها من بعد ذلك لم يكن لما استأنفه من عتق الحمل تأثيراً لأنهم قد أعتقوا مع الأم بالقول الأول.

ولو أن صحيحاً قال لعبده أو أمته: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ثم صار رأس الشهر والسيد في مرض موته كان عتقهم عتق صحة من رأس المال، لأنه تلفظ به فيهم في

حصته فلم تنتقل عن حكمه لحدوث المرض، والله أعلم.

فصل: وإذا ذهب المريض في مرضه، هبة، فإن كانت لوارث، فهي مردودة، لأن هبة المريض وصية من ثلثه، والوارث ممنوع من الوصية، وكذلك لو وهب لغير وارث، فصار عند الموت وارثاً، كانت باطلة، لأنها صارت هبة لوارث، ولو وهب لوارث، فصار عند الموت غير وارث، فهي هبة لغير وارث اعتباراً بحاله عند الموت.

ولو وهب في مرضه لوارثه، ثم مات الموهوب له قبل الواهب، صحت الهبة إن احتملها الثلث، لأنه لما مات قبله صار غير وارث.

ولو وهب لوارث في مرضه، ثم صح منه، ومات من غيره، كانت الهبة جائزة؛ لأن تعقب الصحة يمنع من أن يكون ما يقدمه وصية.

فأما إذا وهب لأجنبي في مرضه الذي مات منه، هبة فإن لم يقبضها حتى مات فالهبة باطلة، لأنها لا تتم إلا بالقبض.

وإن أقبضه قبل الموت: صحت الهبة، وكانت من الثلث، تمضي إن احتملها الثلث، ويرد منها ما عجز الثلث عنه.

وهكذا لو وهب في صحته، وأقبض في مرضه، كانت في ثلثه، لأنها بالقبض في الموصي، فصارت هبة في المرض.

فلو وهب في مرضه وأقبض، وأعتق، فإن كان الثلث يحتملها، صحت الهبة والعتق، وإن كان الثلث لا يحتملها: لم يصح. وإن كان الثلث يحتمل أحدهما صحت الهبة لتقدمها، ورد العتق لتأخره.

ولو أعتق قدر ثلثه ثم وهب صح وردت الهبة اعتباراً بالتقدم سواء كان المتقدم عتقاً أو هبة.

ولو وهب قدر ثلثه ثم أوصى بالثلث بعد موته في عتق أو غيره كانت الهبة في المرض مقدمة على الوصية، لأنها عطية ناجزة. فإذا تقررت هذه الجملة فدور هذا الفصل يتصور في مريض وهب لأخيه عبداً قيمته مائة درهم لا يملك غيره ثم مات الموهوب له قبل الواهب وخلف بنتاً وأخاه الواهب فقد زادت تركة الواهب بما ورثه من الموهوب له فزادت الهبة بالزائد في الميراث وإذا كان هكذا فطريق العمل فيه أن تقول الخارج بالهبة سهم من ثلاثة فإذا ورث الوارث نصفه وأسقط من سهميه يبقى له سهم ونصف والهبة سهم فابسط ذلك لمخرج النصف تكن خمسة منها للهبة سهمان فتصح الهبة في خمس العبد ويبقى مع الواهب ثلاثة أخماسه ثم ورث من الموهوب أحد الخمسين فصار معه أربعة أخماس العبد وذلك مثلي ما صحت فيه الهبة من الخمسين.

فلو كان الواهب والمسألة بحالها مع العبد الموهوب الذي قيمته مائة درهم صار مال الواهب مائتي درهم فاقسمها على خمسة يكن قسط كل واحد سهم أربعين درهماً فامض من هبة العبد بسهمين منهما تكن أربعة أخماسه وهو قدر ما جازت فيه الوصية

وبقي مع الواهب مائة درهم وخمس العبد بعشرين درهماً وورث من الأربعة الأخماس الموهوبة، خمسين بأربعين درهماً ومعه مائة وستون درهماً وذلك مثلا ما جازت فيه الوصية.

ولو كان الواهب قد خلف مائة وخسين درهماً جازت الهبة في العبد كله، لأن التركة تصير مائتي وخمسين درهماً فإذا قسمتها على خمسة كان قسط كل سهم خمسين درهماً فإذا جمعت بين سهمين كان مائة درهم وهي قيمة كل العبد ويبقى مع الواهب مائة وخمسون درهماً ثم ورث نصف العبد خمسين درهماً صار معه مائتا درهم وذلك مثلا قيمة العبد.

فلو كان الواهب لا يملك غير العبد وكان عليه خمسون درهماً ديناً كان نصف العبد مستحقاً في الدين ونصفه الباقي مقسوماً على خمسة للهبة منه بسهمين الخمس بعشرين ويبقى مع الواهب خمس ونصف بثلاثين درهماً وورث من الخمس الموهوب نصفه بعشرة دراهم صار معه أربعون درهماً وهي مثلا ما خرج بالهبة. فلو كان الواهب لا يملك غير العبد ولا دين عليه لكن خلف الموهوب له سوى ما وهب له مائة درهم فطريق العمل فيه أن تقول: ترك الواهب عبداً قيمته مائة درهم وقد ورث عن أخيه نصف المال خمسين درهماً صار الجميع مائة وخمسين درهماً. فإذا قسمت على الخمسة كان قسط كل سهم ثلاثين درهماً فامض من هبة العبد بسهمين قدرهما ستون درهماً تكن ثلاثة أخماسه وهو قدر ما كانت فيه الهبة وقد بقي مع الواهب خمساه بأربعين درهماً وورث نصف ثلاثة أخماسه ثلاثين درهماً ونصف المائة خمسين درهماً صار معه مائة وعشرون درهماً وذلك مثلي ما جاز بالهبة.

فصل: وإذا وهب المريض لمريض عبداً ثم وهبه المريض الموهوب له للمريض الواهب ثم ماتا ولم يخلفا غير العبد الذي يواهباه فالعبد بين ورثتيهما على ثمانية أسهم منها لورثة الواهب الأول ستة أثمانه ولورثة الواهب الثاني ثمناه.

فوجه العمل فيه أن الواهب الأول لما وهبه نفذت الهبة في ثلثه، ولما وهب الثاني الثلث نفذت الهبة في ثلثه فصار الدائر على الأول ثلث الثلث وهو سهم من تسعة فأسقطه ليتقطع دوره بقي من التسعة ثمانية أسهم للعبد مقسوم عليها منها هبة الأول للثاني ثلاثة أسهم وهبه الثاني للأول من هذه الثلاثة سهم وقد كان مع الأول خمسة أسهم وعاد إليه سهم فصار مع ورثته ستة أثمان العبد وهو مثلا ما جاز من هبته، لأن الجائز منها ثلاثة أثمانه ومع ورثة الثاني ثمنا العبد وهو مثلا ما جاز من هبته، لأن الجائز ثمنه، وسواء مات الثاني قبل الأول أو الأول قبل الثاني؛ لأنها هبة بتاتاً. ولكن لو كان الواهب الثاني ما وهب هبة بنات وأوصى ولو أوصى الثاني للأول بثلث ماله نظر، فإن مات الثاني قبل الأول كان الجواب على ما مضى؛ لأنه قد عاد إلى الأول ثلث ما وهب وإن مات الأول قبل الثاني بطلت وصية الثاني للأول وصحت هبة الأول في ثلث العبد لانقطاع الدور.

فصل: وبيع المريض وشراؤه جائزاً إذا كان بثمن مثله، ولم يدخله غبن لا يتغابن

أهل المصر بمثله وسواء باع المريض على وارث أو غير وارث أو اشترى المريض من وارث أو غير وارث.

وقال أبو حنيفة: إذا باع المريض على وارثه كان بيعه مردوداً وإن لم يكن فيه غبن ولا محاباة؛ لأنه قد خص بعض ورثته بمال يتساوى فيه.

وهذا فاسد بل بيعه عليه لازم إذا لم يكن فيه محاباة ولا غبن، لأن اعتراض الورثة على المريض في المقدار لا في الأعيان ألا تراه لو باع أجنبي بثمن مثله صح البيع مع انتقال العين لحصول المقدار، ولو باعهم بأقل كان لهم فيه اعتراض لنقص المقدار.

فأما إذا حابى المريض في بيعه بما لا يتغابن أهل المصر بمثله، كان ذلك منه عطية في مرضه محلها الثلث إن لم ينقصه به، وإن كان المشتري وارثاً ردت المحاباة، لأنها لا تجوز لوارث.

فعلى هذا: لو باعه عبداً بمائة درهم والعبد يساوي مائتي درهم فالمائة التي هي ثمنه تقابل نصف قيمته فصارت المحاباة بنصفه فيقال للوارث لك الخيار في أن تأخذ بالمائة نصف العبد وهو قدر مثلها محاباة فيه، ويكون النصف الآخر الذي هو المحاباة مردوداً إلى التركة. وإنما كان له الخيار، لأنه عاقد بالمائة على جميع العبد فوصل له نصفه.

ولو كان العبد يساوي مائة وخمسين درهماً وقد باعه عليه بمائة درهم كان له الخيار في أحد ثلثي العبد بمائة درهم ورد ثلثه الذي هو قدر المحاباة أو يفسخ البيع ويسترجع المائة وله بدل الباقي للورثة قيمة ما زاد بالمحاباة من نصف أو ثلث لم يجيزوا عليه، لأن العقد فيه قد بطل فلم يلزمهم أن يستأنفوا معه عقداً فيه إلا عن مراضاة، وإنما يملك عليهم بعقد البيع ما لا محاباة فيه.

وكان أبو القاسم الداركي يحمل صحة البيع فيما لا محاباة فيه على القول الذي يجوز فيه تفريق الصفقة فأما على القول الذي لا يجوز فيه تفريق الصفقة فيجعل البيع في الجميع باطلاً وليس كما قال، لأن قدر المحاباة في حكم الهبة وما لا محاباة فيه بيع لم تفترق صفته، فكذلك صح العقد فيه قولاً واحداً وإن ثبت فيه خيار وإن كان المشتري أجنبياً كان قدر المحاباة في الثلث فإن احتملها الثلث أمضى البيع في الجميع وإن عجز الثلث عنها أمضى منه قدر ما احتمله الثلث وعلى هذا لو باع على الأجنبي عبداً بمائة درهم والعبد يساوي مائتي درهم فالمحاباة هي نصف العبد وقيمة نصفه مائة درهم، فإن خلف البائع مع هذا العبد مائة درهم خرجت المحاباة كلها من الثلث وأخذ المشتري العبد بمائة درهم وقدر المحاباة نصفه بمائة درهم وحصل مع الورثة مائتنا درهم مائة منها ثمن، ومائة منها تركة، وهما مثلي المحاباة، فلو وجد المشتري بالعبد عيباً فأراد رده، فله ذلك ويسترجع المائة التي دفعها ثمناً فلو قال: أرد نصف المائة وأخذ نصفه بالمحاباة لم يكن له ذلك، لأنها محاباة في عقد فلم يصح ثبوتها مع ارتفاع العقد.

فأما إذا لم يخلف البائع غير العبد الذي باعه بمائة وقيمته مائتان فالمحاباة بنصفه

ولزمه ثلث جميع التركة وهو ثلث العبد فيكون له الخيار في أن يأخذ خمسة أسداسه بالمائة أو يفسخ ويسترجع المائة وإن شئت أن تقول له مائة درهم ثمناً وله ثلث التركة وصية وذلك ستة وستون درهماً وثلثا درهم يصير الجميع مائة درهم وستة وستين درهماً وثلثي درهم فيأخذ من العبد بها وذلك خمسة أسداس العبد ويبقى مع ورثة البائع سدسه بثلاثة وثلاثين درهماً وثلث درهم ومائة درهم ثمناً يصير الجميع مثلي ما خرج بالمحاباة.

فلو كان البائع قد خلف سوى العبد خمسين درهماً: كان للمشتري أن يأخذ خمسة أسداسه ونصف سدسه بالمائة، لأن التركة تصير مائتين وخمسين درهماً، ثلثها ثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم، فإذا انضم إلى الثمن وهو مائة درهم وثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم فيأخذ من العبد ثمناً فيكون ذلك مقابلاً لخمسة أسداسه ونصف سدسه ويبقى مع الورثة نصف سدسه بستة عشر درهماً وثلثي درهم وخمسون درهماً تركة، ومائة درهم ثمن صار الجميع مائة درهم وستة وستين درهماً وثلثي درهم وذلك مثلا ما خرج بالمحاباة فلو كان العبد الذي باعه المريض بمائة درهم يساوي مائة وخمسين درهماً صح البيع في جميعه وإن لم يخلف غيره، لأن قدر المحاباة فيه خمسون درهماً هي قدر ثلثه فصح جميعها، فهذا حكم المحاباة في البيع.

فصل: فأما المحاباة في الشراء:

فهو أن يشتري المريض عبداً بمائتي درهم، يساوي مائة.

فقدر المحاباة في ثمنه، مائة درهم.

فإن صح المشتري من مرضه، لزمه دفع المائتين ثمناً. وإن مات من مرضه، نظر في البائع، فإن كان وارثاً لا تجوز له المحاباة في المرض وردت وكان مخيراً بين أن يمضي البيع في العبد كله بمائة درهم التي هي ثمن مثله، وبين أن يفسخ ويسترجع العبد، لأنه باعه بثمن صار له بعضه، فلذلك ثبت له الخيار، فإن اختار إمضاء البيع، فلا خيار لورثة المشتري؛ لأنهم لم يدخل عليهم نقص.

وإن كان البائع أجنبياً: فإن خلف المشتري مع الثمن مائة درهم صحت المحاباة، لأن التركة ثلاثمائة درهم، وقدر المحاباة مائة درهم، وهي ثلث التركة فلو وجد ورثة المشتري بالعبد عيباً، لم يعلم به المشتري: كان لهم في الخيار في فسخ البيع، وإبطال المحاباة، واسترجاع الثمن كله، لأن المحاباة إنما تلزمهم عند احتمال الثلث لها إذا لم يحدث خيار يستحق به الفسخ.

ألا ترى أن المريض لو رآه، لا يستحق به الفسخ، فكذلك ورثته.

وإن لم يخلف المشتري شيئاً سوى الثمن وهو مائتا درهم: صحت المحاباة بثلث المائتين، وذلك ستة وستون درهماً، وثلثا درهم ويكون للبائع الخيار في إمضاء البيع في العبد كله بمائة درهم وستة وستين درهماً وثلثي درهم، ويرد الباقي الذي لا يحتمله الثلث وهو ثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم.

فإذا عاد إلى الورثة معهم عبد يساوي مائة درهم، صار معهم مائة درهم، وثلاثة وثلاثون درهماً، وثلث درهم، فذلك مثلا ما خرج بالمحاباة، ثم على هذا القياس.

ويكون الفرق بين المحاباة في الشراء، والمحاباة في البيع من وجهين:

أحدهما: أن ما لا يحتمله الثلث من المحاباة في البيع يكون مردوداً من المبيع، دون الثمن. وما لا يحتمله الثلث من المحاباة في الشراء يكون مردوداً من الثمن دون المبيع.

والثاني: أنه إذا زادت المحاباة في البيع، كان الخيار للمشتري دون البائع. وإذا زادت المحاباة في الشراء، وكان الخيار للبائع دون المشتري، فلو اشترى المريض من مريض عبداً يساوي مائة درهم، بعبد يساوي مائتي درهم، فمشتري العبد الأعلى غابن فلا خيار لورثته.

ومشتري العبد الأدنى مغبون، فإن لم يخلف غير العبد الذي دفعه ثمناً وقيمته مائتا درهم، فلورثته أخذ العبد الأدنى، بخمسة أسداس العبد الأعلى، ولورثة صاحب الغبن الأدنى الخيار في إمضاء البيع أو في الفسخ.

وهكذا الغبن في المرض يجري مجرى المحاباة في اعتبارها من الثلث. فلو اشترى المريض عبداً بأكثر من ثمنه، ثم اشترى عبداً ثانياً بأكثر من ثمنه: فإن كان الثلث يحتمل المحاباة في العبدين: لزمت المحاباة فيهما.

وإن كان الثلث يحتمل المحاباة في أحدهما، ويعجز في الآخر، قدمت المحاباة في الأول، ثم جعل ما بقي من الثلث مصروفاً في محاباة الثاني.

ولو كان الثلث بقدر المحاباة في العبد الأول جعل الثلث مصروفاً في محاباة العبد الأول وزادت المحاباة في العبد الثاني، فعلى هذا: لو وجد ورثة المشتري بالعبد الأول عيباً، فلهم الخيار في إمضاء البيع فيه ورده.

فإن أرضوه فالمحاباة فيه هي اللازمة، دون المحاباة الثانية. وإن ردوه: أمضيت المحاباة في العبد الثاني، وصار الثلث مصروفاً إليهما، لأن الميت قد جعل ثلث ماله لها، وإنما اختص الأول به لتقدمه. فإذا امتنع منه بالفسخ صار الثاني، لأن إخراج الثلث لازم للورثة في حق أحدهما.

فصل: فلو اختلف ورثة الميت البائع، والمشتري، فقال ورثة البائع للمشتري، حاباك فباعك بأقل من ثمنه، وأنكر المشتري المحاباة، أو قال ورثة المشتري للبائع: حاباك فاشترى منك بأكثر من ثمنه، وأنكر البائع المحاباة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون السلعة باقية.

والثاني: أن تكون تالفة.

فإن كانت باقية، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يتفقا على أنها: لم تزد في بدنها، ولا سوقها، ولم تنقص.

وإن كان كذلك قطع اختلافهما بتقويم مقومين، فما قالاه من ظهور المحاباة أو عدمها عمل عليه.

والثاني: أن يختلفا مع بقائها في سوقها وبدنها. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يذكر مدعي المحاباة أنها كانت زائدة في بدنها، أو سوقها عند العقد فنقصت عند التقويم.

وقال منكر المحاباة: لم تزل ناقصة في سوقها وبدنها عند العقد والتقويم.

فالقول، قول منكر المحاباة مع يمينه، لأنه منكر لما ادعى عليه من تقدم الزيادة.

والثاني: أن يذكر مدعي المحاباة، أنها لم تزل عند العقد والتقويم على هذه الزيادة في سوقها وبدنها، ويذكر منكر المحاباة أنها كانت ناقصة عند العقد، فزادت عند التقويم في سوقها، أو بدنها.

فالقول، قول مدعي المحاباة مع يمينه، لأنه منكر لتقدم النقصان فهذا حكم اختلافهما، إذا كانت السلعة باقية.

فأما إذا كانت تالفة لا يمكن الرجوع إلى تقويمها، فإنهما يتحالفان، لأن اختلافهما في المحاباة مؤول إلى الاختلاف في قدر الثمن، أو قدر المثمن.

وإذا باع المريض كد طعام يساوي ثلاثمائة درهم، لا مال له غيره، بكد شعير يساوي مائة درهم، فقدر المحاباة مائتا درهم والثلث مائة درهم، فللورثة أن يأخذوا كد الشعير بثلثي كد الطعام. وقيمته مائتا درهم قد دخلها من المحاباة قدر الثلث بمائة درهم ثم الخيار لصاحب الشعير؛ لأنه قد أخذ بكل الشعير بعض الطعام، ولا خيار لصاحب الطعام؛ لأنه قد أخذ ببعض الطعام كل الشعير.

ولو كان كد الشعير يساوي مائة وخمسين درهماً، كان لورثة صاحب الطعام أن يأخذوا الشعير بخمسة أسداس كد الطعام، لأن الثلث مائة درهم، فإذا زدته على ثمن الشعير، صار مائتين وخمسين درهماً، وذلك يقابل خمسة أسداس ثمن الطعام فلذلك أخذ خمسة أسداسه.

فلو باع المريض كد طعام، يساوي مائتي درهم، بكد طعام يساوي مائة درهم، فيحتاج في اعتبار هذه المحاباة من الثلث إلى أن يكون الخارج منها داخلاً في قدر يتساوى فيه الطعام بالطعام؛ لأن التفاضل فيه حرام. وإذا كان كذلك: صح البيع في ثلثي كد من الطعام الأجود، بثلثي كد من الطعام الأدنى، لأن التركة مائتنا درهم، ثلثها ستة وستون درهماً وثلثا درهم، وقد حاباه في الكد الأجود بمائة درهم، فإذا أخذ ثلثي كده من الطعام الأجود قيمته مائة درهم، وثلاثة وثلاثون درهماً، وثلث درهم، بثلثي كد من الطعام الأردأ وقيمته ستة وستون درهماً، وثلثا درهم، كان قدر المحاباة بينهما ستة وستين درهماً وثلثي درهم وهو قدر الثلث.

وأحضر باباً تصل إلى الاستخراج للعمل فيه، بأن استخرجته، سهل الطريقة واضح

العمل، وهو أن تنظر قدر المحاباة، وقدر الثلث ثم تنظر قدر الثلث والمحاباة فإذا ناسبه إلى جزء معلوم، فهو القدر الذي إن أنفذ البيع فيه استوعب ما احتمله الثلث من المحاباة من غير تفاضل.

مثاله: أن تقول: إذا باعه الكد المساوي مائتي درهم بالكد المساوي مائة درهم: أن المحاباة بينهما مائة درهم، وقدر الثلث: ستة وستون درهماً وثلث درهم، فإذا قابلت بين الثلث والمحاباة، وجدت الثلث مقابلاً لثلثي المحاباة، فتعلم بذلك أن ثلثي المعقود عليه إذا بيع بمثله: استوعت ثلث التركة.

فعلى هذا: إذا باع كداً يساوي ثلاثمائة درهم، بكد يساوي مائة درهم فعمله بالباب الذي قدمته أن تقول:

قدر المحاباة مائتا درهم، والثلث مائة درهم، والمائة نصف المائتين فيعلم أن قدرها: يحتمل الثلث من المحاباة وهو نصف كد من الطعام الأجود قيمته مائة وخمسون درهماً، بنصف كد من الطعام والأردأ قيمته خمسون درهماً، وبينهما من الفضل مائة درهم هي قدر الثلث.

ولو باعه كد طعام يساوي أربعمائة درهم، بكد طعام يساوي مائة درهم، ويخلف البائع مع الكد مائتين درهم، فالتركة ست مائة ثلثاها، مائتا درهم، وقدر المحاباة ثلاثمائة درهم، فكان الثلث، مقابل لثلثي المحاباة فيصح البيع في ثلثي كد الطعام الجيد قيمته مائتا درهم وستة وستون درهماً وثلثا درهم، بينهما من الفضل مائتي درهم هي قدر الثلث.

فلو باعه كداً من طعام يساوي خمسمائة درهم، بكد من طعام يساوي مائة درهم، وخلف مع الكد الذي باعه مائة درهم، فالتركة ستمائة درهم ثلثاها: مائتا درهم، وقد حاباه، بأربعمائة درهم، فكان الثلث نصف المحاباة، فيصح البيع في نصف كد من الطعام الجيد، قيمته مائتان وخمسون درهماً، بنصف كد من الطعام الأردأ قيمته خمسون درهماً، وبينهما من الفضل مائتا درهم: هي قدر الثلث ثم على هذا القياس، والله أعلم.

فصل: وإذا باع المريض على أخيه كد طعام يساوي مائتي درهم بكد شعير يساوي مائة درهم، ولا مال لهما غير الكد، ثم مات صاحب الشعير قبل أخيه، وخلف بنتاً وأخاه، ثم مات صاحب الطعام، وخلف ابناً: فالبيع في جميع الكد الطعام بجميع الكد الشعير، صحيح؛ لأن صاحب الشعير يتقدم موته، قد صار غير وارث والمحاباة تخرج من ثلث صاحب الطعام؛ لأن قدر المحاباة بين الكدين مائة درهم، وقد صار إلى صاحب الطعام كد شعير يساوي مائة درهم، ثم ورث نصف الكد الطعام، وقيمته مائة درهم، فصار معه مائتا درهم، وذلك مثلا ما خرج بالمحاباة.

وباب العمل فيه، أن تقول: تركة صاحب الطعام مائتا درهم، وقد ورث نصف تركة أخيه خمسين درهماً، فصارت التركة مائتين وخمسين درهماً، الخارج منها بالمحاباة سهم

من ثلثه، قد فوت نصفه، فأسقطه من الثلث، يبقى سهمان ونصف، فاقسم التركة عليها، يكن قسط كل سهم مائة درهم، وهو قدر المحاباة، فعلى هذا: لو باع المريض على أخيه كد طعام يساوي ثلاثمائة درهم، بكد شعير يساوي مائة درهم، ومات صاحب الشعير، وخلف مع كد الشعير مائتي درهم، وترك بنتين وأخاه، ثم مات الأخ صاحب الطعام، وهو لا يملك غيره، وترك ابناً، صح البيع في كد الشعير بخمسة أسداس كد الطعام.

وعمله بالباب المقدم أن تقول: تركة صاحب الطعام ثلاثمائة درهم، وتركة صاحب الشعير، ثلاثمائة درهم، فإذا ورث صاحب الطعام مع البنتين ثلث تركة أخيه مائة درهم، صارت تركته أربع مائة درهم، فالخارج بالمحاباة ثلثها سهم من ثلاثة، فأسقطه من الثلاثة يبقى سهمان من ثلاثة، فابسطها أرباعاً، تكن ثمانية، ثم اقسم التركة عليها وهي أربعمائة يكن قسط كل سهم منها خمسين درهماً، وللمحاباة ثلاثة أسهم، تكن قدر المحاباة مائة درهم وخمسين درهماً، فإذا ضممته إلى ثمن الشعير، وهو مائة درهم، فصار مائتي درهم وخمسين درهماً، وذلك يقابل من كد الطعام خمسة أسداسه، لأن قيمته ثلاثمائة درهم، فيصح البيع في كد الشعير، بخمسة أسداس كد الطعام، وفضل ما بينهما مائة وخمسون درهماً، وهو قدر المحاباة، وقد بقي مع صاحب الطعام سدس كد قيمته خمسون درهماً، وأخذ كد شعير قيمته مائة درهم، وورث من أخيه ثلث مائتي الدرهم ستة وستون درهماً وثلث درهم، وثلث خمسة أسداس كد الطعام، بثلاثة وثمانين درهماً وثلث درهم، فصار معه ثلاثمائة درهم، وهي مثلاً ما خرج بالمحاباة، لأن الخارج بها مائة وخمسون درهماً.

فعلى هذا: لو كانت المسألة بحالها، وكان بدل كد الشعير الذي قيمته مائة درهم، كد طعام قيمته مائة درهم، يحرم التفاضل بينه وبين الطعام الجيد، الذي قيمته ثلاثمائة درهم.

وعمله بالباب الذي قدمت لك استخراجه، فقلت المحاباة في الكد الأجود مائة درهم، وقدر ما احتمله الثلث منها مائة وخمسون درهماً، على ما بيناه وبقي من المائتين ثلاثة أرباعها، فيصح البيع في ثلاثة أرباع كد الطعام الأجود وقيمته مائتان وخمسة وعشرون درهماً، بثلاثة أرباع كد من الطعام الأدون، وقيمته خمسة وسبعون درهماً، وفضل ما بينهما من المحاباة، مائة وخمسون درهماً، وهو قدر ما احتمله الثلث، فهذا آخر تعلق بالدور الذي نعمله بقياسه ما أغفلناه، وبالله التوفيق.

مسألة(١):

قَالَ المُزَنِيُّ: «وَقَالَ فِي الإِمْلَاءِ يَلْحَقُ المَيِّتَ مِنْ فِعْلِ غَيْرِهِ ثَلَاثٌ: حَجٌّ يُؤَدَّى وَمَالٌ يُتَصَدَّقُ بِهِ عَنْهُ أَوْ دَيْنٌ يُقْضَى وَدُعَاءٌ أَجَازَ النَّبِيُّ ﷺ الحَجَّ عَنِ المَيِّتِ وَنَدَبَ اللَّهُ

---

(١) انظر الأم (٣/١٦٨).

تَعَالَى إِلَى الدُّعَاءِ وَأَمَرَ بِهِ رَسُولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. فَإِذَا جَازَ لَهُ الحَجُّ حَيًّا جَازَ لَهُ مَيِّتاً وَكَذَلِكَ مَا تَطَوَّعَ بِهِ عَنْهُ مِنْ صَدَقَةٍ».

قال في الحاوي: وذهب قوم من أهل الكوفة إلى أن الميت لا يلحقه بعد موته ثواب استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾﴾ [النّجم: ٣٩]، ولأنه لما لم يجز أن يلحقه الإيمان إذا مات كافراً، بإيمان غيره عنه، لم يجز أن يلحقه ثواب فعل غيره عنه.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الميت قد يلحقه الثواب بفعل غيره على ما سنصفه لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ وَمَلَٰٓئِكَتَهُۥ يُصَلُّونَ عَلَى ٱلنَّبِيِّۚ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ صَلُّواْ عَلَيْهِ وَسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا ﴿٥٦﴾﴾ [الأحزاب: ٥٦].

فأمر الله تعالى بالصلاة على نبيه، ولا يجوز أن يأمر بما لا يقبله من الدعاء. وقال الله تعالى: ﴿رَبَّنَا ٱغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [الحشر: ١٠] فلولا تأثير هذا الدعاء عنده لما ندب إليه.

وروى سليمان بن بلال عن العلاء بن عبد الرحمٰن، رواه عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»(١).

وروى هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها أن امرأة قالت: يا رسول الله: إن أمي افتلتت نفسها، ولولا ذلك لتصدقت وأعطيت، أفيجز لي أن أتصدق عنها؟ فقال النبي ﷺ: «نعم فتصدقي عنها»(٢).

قولها: اقتتلت نفسها، أي ماتت فلتة من غير وصية.

وروى عمر بن دينار، عن عكرمة، عن ابن عباس أن رجلاً قال: يا رسول الله إن أمي توفيت، أفينفعها أن أتصدق عنها؟ قال: نعم، قال: فإن لي لمخرفاً وأشهدك أني قد تصدقت به عنها(٣).

ولأن الصلاة على الميت واجبة علينا، وهي دعاء له، فاقتضى أن يكون الدعاء لاحقاً به، مسموعاً منه في صلاة وغير صلاة.

ولأنه لما لحق الميت قضاء الديون عنه حتى لا يكون مؤخذاً بها ومعاقباً عليها، ولعله لم يجز ذلك حين جاز في الصدقة، وإن لم يوص به حياً.

فأما قوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾﴾ [النّجم: ٣٩].

---

(١) أخرجه مسلم (١٤/ ١٦٣)، وأبو داود (٢٨٨٠)، والترمذي (١٣٧٦)، والنسائي (٣٦٥١)، وأحمد (٢/ ٣٧٢).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٤٤٧)، وأبو داود (٢٨٨١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٦٢٩)، وفي «معرفة السنن» (٣٩٣٢).

(٣) تقدم تخريجه في «الحج».

فيحتمل أن يكون معناه: وأن ليس على الإنسان، كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسرَاء: ٧]، أي فعليها، على أن ما مات عن غيره فيه، جاز أن يكون في حكم ما يسعى في قصده.

وأما الإيمان: فإنه لا تصح النيابة فيه عن الحي، فكذلك عن الميت، وليس كالصدقة على أنه قد يتيسر حكم الإيمان عن الإنسان إلى غيره، كما يكون الأب متيسراً إلى صغار ولده.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من عود الثواب إلى الميت، بفعل غيره، فما يفعل عنه على أربعة أقسام:

أحدها: ما يجوز أن يفعل عنه بأمره وغير أمره.

وذلك قضاء الديون، وأداء الزكاة، وفعل ما وجب من حج أو عمرة، والدعاء له والقراءة عند قبره.

والثاني: ما لا يجوز فعله عنه بأمره ولا بغير أمره.

وذلك: كل ما لا تصح فيه النيابة من العبادات، كالصلاة والصيام وكان في القديم: يرى جواز النيابة في صوم الفرض، إذا أناب عنه وارث. وفي نيابة الأجنبي عنه وجهان والمشهور عنه خلافه.

والثالث: ما يجوز أن يفعل عنه بأمره، ولا يجوز أن يفعل عنه بغير أمره، وهو النذر بالعتق، لما فيه من لحوق الولاية.

والرابع: ما لا يجوز أن يفعل عنه بغير أمره، وفي فعله عنه، فأمره قولان: وهو حجّ التطوع.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَقَالَ فِي كِتَابٍ آخَرَ وَلَوْ أَوْصَى لَهُ وَلِمَنْ لَا يُحْصَى بِثُلُثِهِ فَالقِيَاسُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ».

قال في الحاوي: وصورتها: في رجل أوصى بثلث ماله لزيد والمساكين فلا يخلو حال زيد من أن يكون غنياً أو مسكيناً، فإن كان مسكيناً فقد اختلف أصحابنا فيما يعطى من الثلث على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الظاهر من كلام الشافعي: أنه يكون كأحدهم يعطيه الوصي ما يراه من قليل أو كثير فيعطاه أحد المساكين ويستفاد بتعينه أنه لا يحرم.

والثاني: أنه يعطى الربع من الثلث الموصى به ويصرف ثلاثة أرباعه للمساكين، لأنه قد ذكره مع جمع أقلهم ثلاثة، فصار معهم رابعاً، فاختص بالرابع اعتباراً بالتسوية ثم تجوز الثلاثة الأرباع في أكثر من ثلاثة تفضيلاً وتسوية.

---

(١) انظر الأم /٣/ ١٦٨).

والثالث: أنه يعطى النصف من الثلث، لأنه جعل الثلث مصروفاً في خمسين. وإن كان غنياً ففيما يعطاه وجهان:

أحدهما: الربع والثاني النصف فأما جعله كأحدهم فلا يجوز، لأن مخالفته في صفتهم تقتضي مخالفتهم في حكمهم.

فصل: فلو امتنع المسمى مع المساكين من قبول ما جعل له من الثلث لم يجز رد حصته على المساكين؛ لأنه موصى به لغيرهم، وصرف فيهما ما سوى قدر استحقاقه من الثلث.

وهكذا: لو أوصى بثلث ماله لزيد ولعمرو فقبل زيد ولم يقبل عمرو كان لزيد نصف الثلث ويرجع ما كان لعمرو، ولو قبل كان ميراثاً، ولو أوصى بعبده سالم لزيد وبباقي ثلثه لعمرو، فمات عبده سالم، قبل دفعه في الوصية: قوم العبد كما لو كان حياً يوم مات الموصي وأسقطت قيمته من الثلث، ثم دفع إلى عمرو ما بقي من الثلث بعد إسقاط قيمة العبد.

فصل: وإذا أوصى لزيد بدينار وأوصى بثلث ماله للفقراء كان زيد فقيراً لم يجز أن يعطى غير الدينار، لأنه بالتقدير قد قطع اجتهاد الوصي وإعطائه زيادة على تقديره.

فصل: ولو أوصى رجل بثلث ماله لزيد وولده فإن لم يكن لزيد ولد فله نصف الثلث، وإن كان له ولد فإن كان واحداً كان الثلث بينه وبين ولده نصفين سواء كان الولد ذكراً أو أنثى وإن كانوا عدداً ففيما لزيد منه وجهان:

أحدهما: أن له نصف الثلث.

والثاني: أنه كأحدهم.

فصل: ولو قال: ادفعوا ثلثي إلى زيد وإلى جبريل دفع إلى زيد نصف الثلث وكان النصف الباقي الذي سماه لجبريل راجعاً إلى ورثته. ولو قال: ادفعوا ثلثي إلى زيد وإلى الملائكة كان في قدر ما لزيد منه وجهان:

أحدهما: النصف.

والثاني: الربع ويرد الباقي على الورثة. ولو قال: ادفعوا ثلثي إلى زيد والشياطين ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن له جميع الثلث.

والثاني: له نصف الثلث.

والثالث: ربع الثلث ثم يرد باقي الثلث على الورثة، ولو قال: اصرفوا ثلثي إلى زيد والرياح كما فيها لزيد وجهان:

أحدهما: جميع الثلث، لأن ذكر الرياح لغو.

والثاني: له نصف الثلث، لأنه أحد الجهتين ويرجع النصف الآخر على الورثة.

فصل: وإذا أوصى بثلث ماله لبني فلان: فإن كانوا عدداً محصوراً، صرف الثلث في جميعهم بالسوية، من غير تفضيل كبير على صغير، ولا يدخل فيهم الإناث لأنهم غير بنين.

فإن كانوا عدداً لا يحصر كبني هاشم وبني تميم: ففي الوصية وجهان:

أحدهما: باطلة لتعذر الوصول إلى جميعهم.

والثاني: جائزة ويعطى الثلث لثلاثة فصاعداً على تسوية وتفضيل كالمساكين ويدخل الإناث فيهم على أصح الوجهين اعتباراً بالقبيلة.

وهكذا لو أوصى بثلثه لأهل البصرة: كان على هذين الوجهين إلا أن يزيد فقراء أهل البصرة، فيجوز وجهاً واحداً.

فصل: ولو أوصى بثلث ماله للَّه تعالى ولزيد ففيما لزيد وجهان:

أحدهما: له جميع الثلث ويكون ذكر الله تعالى افتتاحاً للسلام تبركاً باسمه كما قال تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١].

والثاني: أن لزيد نصف الثلث، لأنه أحد الجهتين للثلث وفي النصف وجهان:

أحدهما: أن يكون مصروفاً في سبيل الله وهم الغزاة.

والثاني: في الفقراء والمساكين.

باب الوصية للقرابة من ذوي الأرحام

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ ثُلُثِي لِقَرَابَتِي أَوْ لِذَوِيِّ أَوْ رَحِمِي لأَرْحَامِي فَسَوَاءٌ مِنْ قِبَلِ الأَبِ وَالأُمِّ، وَأَقْرَبُهُمْ وَأَبْعَدُهُمْ وَأَغْنَاهُمْ وَأَفْقَرُهُمْ سَوَاءٌ لأَنَّهُمْ أُعْطُوا بِاسْمِ القَرَابَةِ كَمَا أُعْطِيَ مَنْ شَهِدَ القِتَالِ بِاسْمِ الحُضُورِ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَبِيلَةٍ مِنْ قُرَيْشٍ أُعْطِيَ بِقَرَابَتِهِ المَعْرُوفَةِ عِنْدَ العَامَّةِ فَيُنْظَرَ إِلَى القَبِيلَةِ الَّتِي يُنْسَبُ إِلَيْهَا فَيُقَالُ مِنْ بَنِي عَبْدِ مَنَافٍ ثُمَّ يُقَالُ: وَقَدْ تَفْتَرِقُ بَنُو عَبْدِ مَنَافٍ فَمِنْ أَيِّهِمْ؟ قِيلَ: مِنْ بَنِي عَبْدِ يَزِيدَ بْنِ هَاشِمِ بْنِ المُطَّلِبِ فَإِنْ قِيلَ: أَفَيَتَمَيَّزُ هَؤُلَاءِ؟ قِيلَ: نَعَمْ، هُمْ قَبَائِلُ، فَإِنْ قِيلَ: فَمِنْ أَيِّهِمْ؟ قِيلَ: مِنْ بَنِي عُبَيْدِ بْنِ عَبْدِ يَزِيدَ، فَإِنْ قِيلَ: أَفَيَتَمَيَّزُ هؤُلَاءِ؟ قِيلَ: نَعَمْ، وَبَنُو السَّائِبِ بْنِ عُبَيْدِ بْنِ عَبْدِ يَزِيد، فَإِنْ قِيلَ: أَفَيَتَمَيَّزُ هؤُلَاءِ؟ قِيلَ: نَعَمْ، بَنُو شَافِعٍ وَبَنُو عَلِيٍّ وَبَنُو عَبَّاسٍ أَوْ عَيَّاشٍ شَكَّ المُزَنِيُّ وَكُلُّ هَؤُلَاءِ بَنُو السَّائِبِ، فَإِنْ قِيلَ: أَفَيَتَمَيَّزُ هَؤُلَاءِ؟ قِيلَ: نَعَمْ، كُلُّ بَطْنٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يَتَمَيَّزُ عَنْ صَاحِبِهِ، فَإِذَا كَانَ مِنْ آلِ شَافِعٍ قِيلَ لِقَرَابَتِهِ هُمْ آلُ شَافِعٍ دُونَ آلِ عَلِيٍّ وَالعَبَّاسِ لأَنَّ كُلَّ هَؤُلَاءِ مُتَمَيِّزٌ ظَاهِرٌ».

قال في الحاوي: أما الوصية للأقارب فمستحبة وغير واجبة لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا

---

(١) انظر الأم / ٣/١٦٨ - ١٧٠).

حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ﴾ [النِّسَاء: ٨] وقد ذهب قوم إلى وجوبها لقوله تعالى: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ﴾ [الإسرَاء: ٢٦] وذهب آخرون إلى بطلانها للجهل بعددهم، وأن الناس كلهم قرابة، لأن أبيهم يجمعهم.

وكلا القولين فساد، أما الدليل على أنها غير واجبة فما قدمنا من الآية. وأما الدليل على بطلان قول من قال إن الوصية للأقارب باطلة للجهل بعددهم فمنتقض بالزكاة، فإن الله تعالى أمر بإخراجها إلى أقوام لا ينحصر عددهم ثم هي واجبة.

فصل: فإذا ثبت جواز الوصية للقرابة فقد اختلف الناس في مستحق الوصية منهم عند إطلاق ذكرهم.

فقال أبو حنيفة: هم كل ذي رحم محرم. وقال مالك: هم كل من جاز أن يرث دون من لا يرث من ذوي الأرحام.

وقال أبو يوسف ومحمد: هم كل من جمعه وإياهم أول أب في الإسلام. وذهب الشافعي: إلى أنهم المنسوبون في عرف الناس إلى قرابته المخصوصة إذا كان اسم القرابة في العرف جامعاً لهم، لأن عرف الشرع في سهم ذي القربى لم يخص قريباً من بعيد فبطل به قول أبي حنيفة حيث جعل ذلك لذوي الأرحام المحارم وبطل به قول أبي يوسف حيث جعله لمن جمعه أول أب في الإسلام، ولأن اسم القرابة ينطلق في العرف على ذوي الأرحام من العمات والخالات، فبطل به قول مالك، لأن مطلق كلام الموصي محمول على العرف شرعاً أو عادة وعرفها جميعاً بما قلنا.

فصل: فإذا تقرر أن ما انطلق عليه اسم القرابة عرفاً وهو المعتبر فاعتباره أن ينظر في الموصي، فإن كان عربياً خرج منه العجم، ولم يدفع إلى كل العرب حتى يقال من أيهم، فإذا قيل من مضر، قيل: من أيهم ولم يدفع إلى جميع مضر، فإذا قيل من قريش لم يدفع إلى جميعهم وقيل: من أي قريش فإذا قيل بني هاشم لم يدفع إلى جميعهم وقيل: من أي بني هاشم.

فإذا قيل: عباس لم يدفع إلى كل عباس، وإن قيل: طالبي لم يدفع إلى كل طالبي.

فإذا قيل: في العباس منصوري: لم يدفع إلى جميعهم حتى يقال من بني المأمون، أو من بني المهتدي، فيدفع ذلك إلى آل المأمون وآل المهتدي.

فإن قيل: في المطلبي إنه علوي لم يدفع إلى جميعهم حتى يقال من أيهم، فإذا قيل: حسيني لم يدفع إلى جميعهم حتى يقال من أيهم، فإذا قيل: زيدي أو موسوي دفع ذلك إلى آل زيد وآل موسى.

وقد شبه الشافعي ذلك بنسبه، وسواء اجتمعوا إلى أربعة آباء، أو أبعد. وذهب بعض أصحابنا إلى أن من اجتمع معه من الأب الرابع كان من قرابته.

ومن اجتمع بعد الرابع خرج من القرابة، استدلالاً بأن الرابع جعل قرابة من اجتمع معه في الأب الرابع. وهذا خطأ؛ لأن جعلهم قرابة اعتباراً بالنسب الأشهر

لا تعليلاً بالأب الرابع.

فصل: وسواء في ذلك قرابته من قبل أبيه أو قرابته من جهة أنه فتعتبر قرابة أمه كما اعتبرنا قرابة أبيه.

وهكذا لو قال: لذوي أرحامي فهو كقوله لقرابته، فيدفع إلى من كان من قبل أبيه، ومن كان من قبل أمه. وذهب قوم إلى أن القرابة: من كان من قبل الأب، وذوي الأرحام من كان من قبل الأب.

وهذا فاسد، لأن عرف الناس في الاسمين ينطلق على من كان من الجهتين.

فصل: وسواء من كان منهم قريباً أو بعيداً. وقال أبو حنيفة: القريب منهم أحق من العبد، فجعل الأخوة أولى من بينهم، وبني الأخوة أولى من الأعمام، فأما بنو الأعمام فليسوا عنده من القرابة. وهذا فاسد: ، لأن اسم القرابة إذا انطلق عليهم مع عدم من هو أقرب، انطلق عليهم مع وجود من هو أقرب.

فصل: وسواء من كان منهم غنياً أو فقيراً. وقال مالك: يختص به الفقراء منهم دون الأغنياء. وهذا فاسد: لأنهم أعطوا بالاسم لا بالحاجة فاستوى فيه الغني والفقير كالميراث وسهم ذوي القربى.

فصل: ويسوي بين ذكورهم وإناثهم.

وحكي عن الحسن وقتادة: أنه يعطي للذكر مثل حظ الأنثيين، كسهم ذي القربى. وهذا فاسد: ، لأنها عطية لمسمى فأشبهت الهبات والصدقات، وأما سهم ذي القربى: فإنهم لم يستحقوه بالقرابة وحدها، وإنما استحقوه بالنصرة مع القرابة، ألا ترى أنه أخرج بني عبد شمس ونوفل وأدخل بني المطلب وقرابتهم واحدة؛ لأن بني المطلب نصروا بني هاشم في الجاهلية والإسلام وإذا استحقوا بالنصرة مع القرابة، فضل الرجال على النساء لاختصاصهم بالنصرة.

فصل: ويدخل فيهم من لم يرث من الآباء والأبناء. ومن الفقهاء: من لم يجعل الآباء والأبناء من القرابة وهذا خطأ لما قيل في قوله تعالى: ﴿لِلْوَالِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البَقَرَة: ١٨٠] أنهم الأولاد. ولما نزل قوله تعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ ﴿٢١٤﴾﴾ [الشُّعَرَاء: ٢١٤]. كانت فاطمة في جملة من دعاها للإنذار.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا نظر في أقاربه، فإن كانوا عدداً محصوراً فرق الثلث على جميعهم بالتسوية بين قريبهم وبعيدهم، وصغيرهم، وكبيرهم، وغنيهم، وفقيرهم، ذكورهم، وإناثهم، ولو منع أحدهم من سهمه كان الوصي المانع له ضامناً بقدر حقه. ولو رد أحدهم سهمه من الوصية ولم يقبل كان راجعاً إلى الورثة في التركة، ولا يرجع إلى باقي القرابة.

وإن كان أقاربه عدداً كبيراً لا ينحصرون جاز الاقتصار على بعضهم كالفقراء، فيدفعه إلى ثلاثة فصاعداً منهم، ويجوز له التفضيل بينهم، لأن كل موضع لم يلزم إعطاء

الجميع، لم يحرم التفضيل، فلو أن من صرف الثلث إليه لم يقبله. لم يعد ميراثاً وصرف إلى غيره من القرابة.

فصل: فأما الزوج والزوجة فلا يدخلان في اسم القرابة، وكذلك المعتق والرضيع. ولو أوصى لأهله فهم القرابة، وفي دخول الزوج والزوجة معهم دون المعتق والرضيع وجهان، ولكن لو أوصى لعصبته دخل فيهم المعتق دون الزوج والزوجة ودون ذوي الأرحام وإن كانوا قرابة.

فصل: ولو أوصى لمناسبه فهو لمن ينتسب إلى الموصي من أولاده الذين يرجعون إليه في نسبهم دون من علا من آبائه الذي يرجع الموصى إليهم في نسبه، لأنه أضاف نسبهم إليه، ونسب الآباء لا يرجع إلى الولد.

واختلف أصحابنا في دخول أولاً بناته فيهم على وجهين:

أحدهما: يدخلون فيهم لأنهم من ولده.

والثاني: وهو أشبه أنهم لا يدخلون فيه لأنهم يرجعون في النسب إلى آبائهم.

ولكن لو قال: ادفعوا ثلثي لمن أناسبه دخل فيهم الآباء دون الأبناء ودخل فيهم الأخوة والأخوات، والأعمام والعمات.

واختلف أصحابنا في دخول الأجداد فيهم والجدات على وجهين كاختلافهم في أولاد البنات. ولكن لا يدخل فيهم الأخوال والخالات ولا الأخوة للأم لأنهم غير مناسبة، بخلاف الأم المختصة بالولادة والبعضية.

فصل: ولو أوصى لورثة زيد فالوصية موقوفة حتى يموت زيد، ثم تدفع الوصية إلى من ورثه ولا اعتبار بمن كان منسوباً إلى ورثته في حياته، لأن الوارث من حاز الميراث، وقد يجوز أن لا يرثه هؤلاء لحدوث من يحجبهم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ لأَقْرَبِهِمْ بِي رَحِماً أُعْطِيَ أَقْرَبُهُمْ بِأَبِيهِ وَأُمِّهِ سَوَاء وَأَيُّهُمْ جَمَعَ قَرَابَةَ الأَبِ والأُمِّ كَانَ أَقْرَبَ مِمَّنْ انْفَرَدَ بِأَبٍ أَوْ أُمٍّ فَإِنْ كَانَ أَخٌ وَجَدٌّ لِلأَخِ فِي قَوْلِ مَنْ جَعَلَهُ أَوْلَى بِوَلَاءِ المَوَالِي».

قال في الحاوي: قد ذكرنا في الوصية للقرابة أنه يشترك فيها القريب والبعيد إذا كان اسم القرابة عليهم منطلقاً، أو كان في جملتهم داخلاً. فأما إذا قال ثلثي لأقرب الناس إلي أو قال لأقربهم رحماً لي فلا حق فيه للأبعد مع وجود من هو أقرب. وإذا كان هكذا راعيت الدرجة، فأيهما كان أقرب كان أحق، وإن استوت الدرجة تشاركوا، ويستوي فيه من أدلى بأم، ومن أدلى بأب، فإن كان فيهم من أدلى بالأبوين معاً كان أولى ممن أدلى بأحدهما. فعلى هذا: الأولاد عمود، وهو أقرب من الآباء، لأنهم بعض الموصي،

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٠).

وأقرب الأولاد صلبه فإن كان واحداً أخذ الثلث كله ذكراً كان أو أنثى مسلماً كان أو كافراً، وارثاً أو غير وارث إذا أجاز الورثة الوصية للوارث بخلاف ما لو قال: لقرابتي فلا يدخل فيهم وارث، لأنه بالأقرب قد عين به ثم هو بعد أولاد صلبه لأولاد ولده دون من نزل عنهم بدرجة، يستوي فيه أولاد البنين وأولاد البنات، ثم هو بعدهم، لأولادهم، وأهل الدرجة الثالثة، ثم هو بعد الثالثة لأهل الدرجة الرابعة هكذا أبداً.

فإذا عدم عمود الأولاد، فالأبوان، وهما الأب والأم، يشتركان فيه دون غيرهما، فإن عدم أحدهما كان الثلث للباقي منهما، سواء كان أباً أو أماً. فإن عدم الأبوان ففيه قولان:

أحدهما: أن الإخوة والأخوات أقرب من الأجداد والجدات؛ لأنهم قد راكضوه في الرحم، فإن كانوا لأب فهو بينهم بالسوية، وإن كانوا لأم فهو بينهم بالسوية، وإن كان بعضهم لأب وبعضهم لأم فهو بين جميعهم ذكرهم وأنثاهم فيه سواء؛ وإن كان بعضهم لأب وبعضهم لأم بالسوية، وبعضهم لأب وأم، فمن كان لأب، وأم فهو أقرب وأحق لقوته بها على ما تفرد بأحدهما.

ثم بعد الإخوة والأخوات: بنوهم وبنو بنيهم، وإن سفلوا يكونوا أقرب من الجد وإن دنا، ويشترك في ذلك أولاد الأخوة وأولاد الأخوات كما اشتركوا فيه أولاد البنين وأولاد البنات لأنهم أخذوا باسم القرابة لا بالميراث، ثم هكذا بطناً بعد بطن.

وإذا عدموا: عدلنا حينئذٍ إلى الأجداد والجدات فيكون بعدهم لجدين وجدتين، جد وجدة لأب وجد وجدة لأم فينقسم بينهم أرباعاً، فإن لم يكن أعمام ولا عمات فهم بعدهم لأربعة أجداد وأربع جدات، بعد ثلاث درجة فينقسم بينهم أثلاثاً.

ثم هو في الدرجة الرابعة بين ثمانية أجداد وثمان جدات، وإن كان مع جد الأب أعمام وعمات ومع جد الأم أخوال وخالات ففيه على هذا القول وجهان:

أحدهما: أن الأعمام والعمات أولى من جد الأب وجدته، والأخوال والخالات أولى من جد الأم وجدتها، كما كان على هذا القول الأخوة أولى من الجدة، ويشرك بين الأعمام والعمات، وبين الأخوال والخالات لاستوائهما في الدرجة وتكافئهما في القرب.

والثاني: أنهم يشاركون أجداد الأبوين وجداتهما.

فعلى هذا: يجمع مع الأعمام والعمات، ومع الأخوال والخالات أربعة أجداد، وأربع جدات، فينقسم ذلك بين جميعهم بالسوية.

فصل: والقول الثاني: في الأهل أن الجدة والأخوة سواء لاجتماعهم في الإدلاء بالأدب.

وعلى هذا يشرك بين الأخوة وبين الأخوات وبين جدين وجدتين جد جدة لأب وجد جدة لأم، ويكون الجدان والجدتان أولى من ولد الأخوة والأخوات على هذا

القول. ثم يكون بعد الجد والجدة، لجد الأب وجدته، ولجد الأم وجدتها، وإن لم يكن مع جد الأب وجدته عم ولا عمة، ولا مع جد الأم وجدتها خال ولا خالة.

فينقسم ذلك بين أربعة أجداد، وأربع جدات أثماناً وجدان وجدتان للأب وجدان وجدتان للأم.

وإن كان مع جد الأب وجدته عم وعمة، ومع جد الأم وجدتها خال وخالة ففيه على هذا القول وجهان:

أحدهما: أن العم والعمة والخال يساوي جد الأبوين وجدتيهما فتقسم بين العم والعمة، والخال والخالة، وبين أربعة أجداد، وأربع جدات كما تشارك الأخوة والجد. والوجه الثاني: أن جدي الأبوين وجدتيهما أولى من الأعمام والعمات، ومن الأخوال والخالات لاختصاصهم بالبعضية.

فصل: فعلى هذا الأصل المقرر يكون التفريع ليتضح ويستبين فمن ذلك أن يجتمع جد لأب، وأخ لأم ففيه قولان:

أحدهما: أن الأخ للأم أولى.

والثاني: أنه والجد سواء.

وهكذا لو اجتمع جد لأم وأخ لأب وأم كان على قولين:

أحدهما: استويا.

والثاني: يقدم الأخ.

ولو اجتمع جد وابن أخ: فأحد القولين: أن الجد أولى.

والثاني: أن ابن الأخ أولى، ولا يشرك بينهما على القولين معاً.

ولو اجتمع جد وعم: كان الجد أولى، ولو اجتمع جدان وعم ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن جد الأب أولى.

والثاني: أن العم أولى.

والثالث: أنهما سواء.

وهكذا لو كان مع جد الأب عمة أو خال أو خالة، أو كان مع العم والعمة، والخال والخالة، جدة أنه على هذه الوجوه الثلاثة.

ولو اجتمع جد الأم وخال وخالة، كان على هذه الأوجه الثلاثة:

أحدها: أن جد الأم أولى.

والثاني: أن الخال والخالة أولى.

والثالث: أنهم سواء.

وهكذا لو كان مع جد الأم، أو مع جدة الأم عمة وعم، كان على هذه الأوجه الثلاثة، لأنه لا فرق بين العم والخال، ولا فرق بين جد الأب وجد الأم.

وهكذا لو اجتمع جدان وابن عم كان جد الأب أولى، وهكذا لو اجتمع جد أم وابن خال كان جد الأم أولى، وهكذا لو اجتمع جد أم وابن عم كان جد الأم أولى، ولو اجتمع جد جد وابن عم ففيه وجهان:

مثل جد وابن أخ، أحدهما: أن الجد أولى. والثاني: أن العلم أولى، ولا يجيء الوجه الثالث: في التسوية بينهما، كما لا يسوي بين الجد وابن الأخ فهذا مستمر على الأصل الذي بيناه، ثم إن كان الأقرب إليه واحداً انفرد بالوصية، وإن كانوا عدداً، اشتركوا فيه بالسوية ولم يختص به بعضهم.

فصل: ولو قال: ادفعوا ثلثي إلى جماعة من أقرب الناس مني وكان الأقرب إليه واحداً ضم إليه من هو أبعد منه ليصرف في ثلاثة هم أقل الجمع. فعلى هذا لو كان ثلاثة بني ابن بعضهم أسفل من بعض دفع إلى الأول ثلث، وإلى الثاني ثلث، وإلى الثالث ثلث، ليكون الثلث مقسوماً بينهما أثلاثاً. فلو كان البطن الثالث من بني الابن ثلاثة قسم الثلث أثلاثاً فدفع إلى الأول ثلث، وإلى الثاني ثلث، وجعل الثلث الثالث بين ثلاثتهم من البطن الثالث أثلاثاً ولم يخص به بعضهم لاستوائهم في الدرجة فيصير الثلث مقسوماً بينهم على تسعة. ولو كان له بنت بنت وخمس أخوات: كان لبنت البنت ثلث الثلث، وللأخوات ثلثاه.

ولو كان له أخ وبنت أخ وعشرة أعمام: كان للأخ ثلث الثلث، ولبنت الأخ ثلث آخر، وكان الثلث الثالث بين الأعمام العشرة على عشرة، فيصير الثلث مقسوماً بينهم على ثلاثين سهماً.

فصل: وإذا أوصى بثلث ماله لزيد وعمرو فمات عمرو بعد الوصية في حياة الموصي: كان لزيد نصف الثلث، ولو كان عمرو عند الوصية ميتاً، قال أبو حنيفة: لزيد جميع الثلث، لأن الوصية لما لم تصح لميت صار الثلث كله للحي، بخلاف موته بعد الوصية.

وعلى مذهب الشافعي: لا يكون لزيد إلا نصف الثلث كما لو مات عمرو بعد الوصية، لأنه لم يجعل لزيد مع الشريك في الوصية إلا نصفها كما لو مات بعدها، والله أعلم بالصواب.

باب ما يكون رجوعاً في الوصية

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لآخَرَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ».

قال في الحاوي: اعلم أن للموصي الرجوع في وصيته، لأنها عطية لم يزل عنها

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٠).

ملك معطيها فأشبهت الهبات قبل القبض، وإنما ليس له الرجوع في عطايا مرضه لزوال ملكه.

ثم الرجوع في الوصية يكون بقول أو دلالة على ما سنذكره.

وإذا كان حكم الوصية جارياً على ما ذكرناه فصورة مسألتنا هذه في رجل أوصى بعبده لزيد ثم أوصى به لعمرو فقد اختلف الناس في حكم ذلك على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب داود أنه يكون وصية للأول دون الثاني كالبيع والنكاح.

والثاني: وهو مذهب الحسن وعطاء وطاوس أنه يكون وصية للثاني دون الأول، لأنه بالرجوع أشبه.

والثالث: وهو مذهب أبي عبد الرحمٰن الشافعي أن الوصية بها باطلة لا تصح لواحد منها لإشكال حالهما.

والرابع: وهو مذهب الشافعي(١) ومالك وأبي حنيفة:

أنها تكون وصية لهما فتجعل بينهما نصفين.

وهكذا لو أوصى به لثالث، جعلناه بينهم أثلاثاً. ولو أوصى به لرابع جعلناه بينهم أرباعاً.

والدليل على ذلك: ثلاثة معاني:

أحدها: أنه لما كان قوله في وقت واحد قد أوصيت بعبدي هذا لزيد وأوصيت به لعمر كان بينهما إجماعاً فوجب أن يتراخى بين الوصيتين وأن يكون بينهما حجاباً إذ لا فرق بين اقتران الوصيتين وبين اقترانهما.

والثاني: أنه لما كان لو أوصى بثلث ماله لزيد ثم أوصى بعد زمان بثلث ماله لعمرو وأن الثلث إذا لم تجز الورثة بينهما كذلك يكون للعبد بينهما في الوصية.

والثالث: أنه قد يجوز أن تكون الوصية الثانية رجوعاً، ويجوز أن تكون لنسيان الأولى، ويحتمل أن يقصد بها التشريك بين الأول والثاني فوجب أن يحمل مع هذا الاحتمال على التشريك بينهما لاستوائهما في الوصية لهما، وليس يلزم في الوصايا المطلقة تقديم الأول على الثاني، ولا الثاني على الأول، وإنما يلزم ذلك في العطايا الناجزة.

فصل: وإذا كان لرجل جارية حامل فأوصى بها لرجل ثم أوصى بعد ذلك بحملها لآخر فالجارية تكون للأول والولد يكون بين الأول والثاني(٢).

وإنما كان كذلك، لأنه لما أوصى بالجارية للأول كان يحملها داخلاً في الوصية تبعاً، فلما أوصى بالحمل للثاني صار موصياً به لهما، فكان بينهما، وهكذا لو ابتدأ فأوصى بحملها لرجل ثم أوصى بها لآخر كان الحمل بينهما والجارية للثاني منهما لما

(١) انظر الأم (٤/ ٤٥).
(٢) انظر الأم (٤/ ٤٦).

ذكرناه. ولكن لو قال: أوصيت لزيد بهذه الجارية دون حملها، وأوصيت لعمرو بحملها دونها، صح وانفرد بالأم وعمرو بالولد، فعلى هذا لو أن زيداً الموصى له بالأم أعتقها وهي حامل، عتقت ولم يسر عتقها إلى الحمل، وكان الحمل إذا ولد رقيقاً لعمرو وسواء كان معتق الأم موسراً أو معسراً، لأن الأم تتميز عن الولد وقد تميزا في الملك فلذلك لم يسر العتق.

فصل: وإذا أوصى الرجل بعبده لواحد من رجلين لم يعينه كانت الوصية باطلة. ولو أوصى لرجل بواحد من عبدين لم يعينه، كانت الوصية جائزة ودفع الوارث أيهما شاء.

وقال أبو حنيفة: الوصية لأحد الرجلين جائزة، كالوصية بأحد العبدين. ودليلنا: هو أن الوصية إنما تصح إذا كانت لموصى له إما بالنص أو بإطلاق اسم تدخل في عمومه، وليس في الوصية لأحد الرجلين نص ولا عموم اسم وإنما تدخل في العموم إذا قال: ادفعوا عبدي أي هذين الرجلين شئتم فتصح الوصية كلها. والفرق بين الوصية لأحد الرجلين وبين الوصية بأحد العبدين: هو الجهل بمستحقها في أحد الرجلين، والعلم بمستحقها في أحد العبدين.

وقد قال الشافعي في كتاب «الأم»[(١)]: ولو أن شاهداً قال: أشهد أن أحد هذين الرجلين قتل زيداً لم يكن لأوليائه أن يقسموا مع شهادتهم ولا يكون لوثاً، ولو قال: أشهد أن زيداً قتل أحد هذين الرجلين كان ذلك لوثاً لمن ادعاه من أولياء المقتولين ويقسمون مع شهادتهم، وفصل بينهما بأنه إذا ثبت القاتل توجهت الدعوى عليه وإن لم يثبت المقتول وليس كذلك إذا لم يثبت القاتل، لأن الدعوى لا تتوجه عليه مع إثبات المقتول.

ومثله أن يقول على أحد هذين الرجلين ألف لم تسمع الدعوى منه ولو قال لي: على هذا الرجل أحد هذين المالين سمعت الدعوى منه توجهاً وأخذاً بالبيان تعييناً.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ العَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ أَوْ قَدْ أَوْصَيْتُ بِالَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ كَانَ هَذَا رُجُوعاً عَنْ الأَوَّلِ إِلَى الآخَرِ».

قال في الحاوي: وحكي عن المزني أنه لا يكون رجوعاً، ويكون العبد وصية لهما كما لو أوصى به للثاني من غير ذكر الأول وساعده على هذا بعض أصحابنا احتجاجاً بأنه لو وكل زيداً ببيع سلعة سماها، ثم قال: قد وكلت عمراً بما وكلت به زيداً أنهما يكونا معاً وكيلين في بيعهما، ولا يكون لوكيل الثاني رجوعاً عن الأول مع ذكره فكذلك في الوصية.

وهذا فاسد: لأنه إذا صرح بذكر الأول عند الوصية به للثاني زال احتمال النسيان

---

(١) انظر الأم (٤/ ٤٥). (٢) انظر الأم (٣/ ١٧٠).

بالذكر، وزال احتمال التشريك بقوله فقد أوصيت به للثاني فصار ذلك صريحاً في الرجوع.

فأما الوكالة: فمن أصحابنا من ضيق عليه الفرق فجعل ذلك رجوعاً في توكيل الأول، ومنهم من فرق بينهما بأن الوكالة نيابة فصح أن يوكل كل واحد من الجماعة في كل البيع، والوصية تمليك لا يصح أن يملك كل واحد من الجماعة كل الوصية. فكان هذا فرقاً بين الوكالة وبين الوصية.

فصل: فإذا تقرر أن يكون رجوعاً عن الأول إلى الثاني، فسأل الأول إحلاف الثاني أن الموصي أراد به الرجوع، لم يكن له عليه يمين، لأن الرجوع في هذا إلى لفظ الموصي فيما احتمله من المعنى دون إرادته.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَوْصَى أَنْ يُبَاعَ أَوْ دَبَّرَهُ أَوْ وَهَبَهُ كَانَ هَذَا رُجُوعاً».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن للموصي الرجوع في وصيته متى شاء، وأن الرجوع قد يكون بقول، أو دلالة أو فعل.

فأما القول فهو أن يقول صريحاً: رجعت في وصيتي أو قد أبطلتها، فيكون ذلك رجوعاً منه وتبطل به وصيته.

وأما دلالة الفعل فقد ذكر الشافعي في هذا الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: أن يوصى ببيعه.

والثانية: أن يدبره.

والثالثة: أن يهبه.

فأما البيع فعلى ضربين:

أحدهما: أن يتولاه في حياته.

والثاني: أن يوصى به بعد موته، فإن باعه في حياته كان هذا رجوعاً، لأن الوصية إنما تصح إذا انتقلت عن ملك الموصي بموته إلى مالك الموصى له بقبوله والبيع قد أزال ملكه عنها فلم يصح بقاء الوصية به.

فلو اشتراه بعد بيعه: لم تعد الوصية به لبطلانها بالبيع وخالف المفلس إذا اشترى ما باعه في رجوع به في أحد الوجهين.

والابن إذا اشترى ما باعه في هبة أبيه في رجوع الأب به في أحد الوجهين.

والفرق بينهما: أن رجوع الأب فيما وهبه لابنه ورجوع البائع على المفلس بعين

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٠).

ماله، حق لهما، ليس للابن ولا للمفلس إبطال ذلك عليهما، فكذلك لم يكن بيعهما وعوده إلى ملكهما مانعاً من الرجوع بذلك عليهما، وليس كذلك الوصية، لأن للموصي إبطالها فإذا بطلت بالبيع لم تعد بالشراء ولكن لو أن الموصي عرض ذلك للبيع ففي كونه رجوعاً في الوصية وجهان:

أحدهما: يكون رجوعاً في الوصية، لأن تعرضه للبيع دليل على قصده للرجوع وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والثاني: لا يكون رجوعاً في الوصية لبقائها على ملكه.

فأما إذا أوصى أن يباع بعد موته، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقول: بيعوه بعد موتي، ولم يذكر بكم يباع ولا على من يباع فالوصية بهذا البيع باطلة، والورثة بالخيار إن شاؤوا باعوه، وإن شاؤوا تمسكوا به، لأنه لم يتعين من يصح له الوصية فيه لكن يستفاد بذلك إبطال الوصية وأن تكون ملكاً لورثته.

والثاني: أن يوصي ببيعه على زيد بثمن ذكره يعلم أن فيه محاباة، فالوصية بهذا البيع جائزة، ثم مذهب الشافعي[1] أن يكون رجوعاً عن الوصية الأولى، وكان بعض أصحابنا يقول: إنه يحمل على الوصيتين جميعاً كما لو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمرو.

قال: ويكون بينهما على قدر المحاباة في الثمن، فإن كانت المحاباة بنصف ثمنه صار كأنه قد أوصى بجميعه لزيد، ثم أوصى بنصفه لعمرو، فيكون بينهما أثلاثاً، وإن كانت المحاباة بثلث ثمنه كانت بينهما أرباعاً.

والثالث: أن يوصى ببيعه على زيد ولا يذكر قدر ثمنه الذي يباع عليه به، فهو بذلك مبطل لوصيته الأولى، وفي صحة وصية بيعه على زيد وجهان:

أحدهما: باطلة، لأنه لم ينص على ثمن تكون المحاباة فيه وصية، ويكون الخيار للورثة في بيعه وإمساكه.

والثاني: أن الوصية جائزة، لأنها تتضمن قصد تمليكه إياه ويباع عليه بثمن مثله أن اشتراه.

وأما المسألة الثانية: فهو تدبير ما أوصى به فإن قلنا: إن التدبير عتق بصفة، كان تدبيره رجوعاً في الوصية، وإن قلنا: إنه كالوصية فإن قلنا بتقديم الوصية بالعتق، على الوصية بالتمليك، كان التدبير رجوعاً في الوصية. وإن قلنا: إن الوصية بالعتق والتمليك سواء، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي الطبري أنه يكون نصفه وصية ونصفه مدبراً كما لو أوصى بالثاني بعد أول، كان بينهما نصفين.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٤٥).

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، أنه يكون جميعه مدبراً ورجوعاً عن الوصية، لأن عتق التدبير ناجز بالموت، فيقدم على الوصايا، كالناجز من العطايا.

وإن قدم تدبيره، ثم أوصى به، فإن قلنا: إن التدبير عتق بصفة، لا يجوز الرجوع فيه، كان على تدبيره، وكانت الوصية باطلة، وإن قلنا: إنه كالوصايا، نظر: فإن قال العبد الذي دبرته قد أوصيت به لزيد: كان رجوعاً في تدبيره، وموصي بجميعه، وإن لم يكفل ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة: أنه يكون نصفه باقياً على تدبير ونصفه موصياً به.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، أن تدبيره، أقوى من الوصية ويكون على التدبير.

ولو أوصى بعتقه: ففيه وجهان:

أحدهما: يكون رجوعاً عن الوصية الأولى، وموصاً بعتق، وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والثاني: يكون رجوعاً عن الوصية بصفة، وموصاً بعتق نصفه، وهذا قول ابن أبي هريرة.

ولو قدم الوصية بعتقه، أوصى به لزيد ففيه وجهان:

أحدهما: يكون موصاً بعتقه، والوصية به بعد ذلك باطلة.

والثاني: أن نصفه يكون موصاً بعتقه، ونصفه موصاً بملكه.

فصل: وأما المسألة الثالثة: وهو أن يهب ما أوصى به، فهذا ينظر فإن أقبضه في الهبة: كان رجوعاً في الوصية، لإخراجه بالقبض عن ملكه وإن لم يقبضه ففي كونه رجوعاً وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: يكون رجوعاً، لأنه قد عقد فيه عقداً يقضي إلى زوال الملك مخالفاً لما قصده من قبل.

والثاني: وهو قول بعض المتأخرين من البغداديين: أنه لا يكون رجوعاً، لأنه لم يؤثر في ملكه، فلم يؤثر في رجوعه.

ولو وهبه هبة فاسدة: ففي كونه رجوعاً ثلاثة أوجه:

أحدها: يكون رجوعاً قبض أو لم يقبض، وهذا قياس قول أبي إسحاق المروزي.

والثاني: لا يكون رجوعاً قبض أو لم يقبض، لبقائه على ماله.

والثالث: أنه إن أقبض كان رجوعاً، وإن لم يقبض لم يكن رجوعاً، لأن في القبض تصرفاً بيانياً.

وهكذا لو رهنه كان في كون الرهن رجوعاً في الوصية ثلاثة أوجه:

أحدها: يكون الرجوع أقبض أو لم يقبض.

والثاني: لا يكون رجوعاً أقبض أو لم يقبض.

والثالث: أنه إن أقبض كان رجوعاً، وإن لم يقبض لم يكن رجوعاً.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَجَّرَهُ أَوْ عَلَّمَهُ أَوْ زَوَّجَهُ لَمْ يَكُنْ رُجُوعاً».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا أجر العبد الذي أوصى به لم تكن الإجارة رجوعاً في وصيته، لأن الإجارة عقد على منافعه، وله استيفاء المنفعة واستخداماً بغير بدل، فكذلك إذا استوفاها إجارة ببدل، فإن مات الموصي بعد انقضاء مدة الإجارة انتقل العبد إلى الموصى له بمنافعه، وإن مات قبل انقضاء المدة كانت لازمة إلى انقضاء مدتها. وإذا قبله الموصى له لزمه تمكين المستأجر إلى انقضائها، والأجرة للورثة، لأن الموصي قد ملكها بعقد، ثم تملك منافعه بعد الرقبة من بعد انقضاء مدة الإجارة، فكذلك قد رجع في الإجارة في بعض منافعه.

فأما إذا أوصى له بسكنى داره ثم أجرها: ولم يكن ذلك رجوعاً في الوصية بسكناها، لأنه قد يجوز أن تنقضي مدة الإجارة قبل موت الموصي، فإن انقضت قبل موته صحت الوصية بجميع السكنى، وإن مات قبل انقضائها فعلى وجهين:

أحدهما: أنه يسكن مدة وصيته كلها بعد انقضاء ما بقي من مدة الإجارة، ولا يكون بقي شيء من المدة مؤثراً في الرجوع في الوصية لاستيفاء مدة الوصية ممكن. فإذا كان الباقي من مدة الإجارة شهراً والوصية بالسكنى سنة فإذا أمضى شهر الإجارة بعد موت الموصي سكنها الموصى له سنة.

والوجه الثاني: أنه يبطل من الوصية بالسكنى بقدر ما بقي من مدة الإجارة كأن الوصية بالسكنى سنة والباقي من مدة الإجارة شهر، فيبطل من الوصية بالسنة شهر ويبقى للموصى له أحد عشر شهراً. ولو كان الباقي منها سنة بطلت الوصية بالسكنى كلها.

فصل: ولو أوصى بعبد فعلمه علماً، أو صناعة، لم يكن ذلك رجوعاً، لأن هذا من مصالحه فصار كالنفقة عليه، وهكذا لو ختنه أو حجمه أو داواه لم يكن رجوعاً. وهكذا لو زوجه: لم يكن رجوعاً ونفقة الزوجة ومهرها في كسبه. وهكذا لو كانت أمه فزوجها، لم يكن ذلك رجوعاً، والمهر للموصي فإذا مات لم يكن للموصى له أن يفسخ نكاحها، وكأنه قد رجع في الاستمتاع بها مدة مقام الزوج معها كالإجارة فلو وطئها الموصي لم يكن وطئه رجوعاً كما لو استخدمها إلا أن يحبلها فتصير له أم ولد وتبطل الوصية.

وقال ابن الحداد المصري من أصحابنا: إن عزل عنها لم يكن رجوعاً وإن لم يعزل عنها كان رجوعاً، وزعم أنه أخذ ذلك من قول الشافعي في الإيلاء: «ولو حلف لا يشتري

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧١).

فوطء جارية له فإن كان يعزل عنها فهو غير متسر، ولا حنث عليه وإن لم يعزل عنها فهو متسر، وقد حنث.

قال: فلما جعل المتسري طلب الولد لا الاستمتاع دل على الفرق بينهما، وكان طلب الولد رجوعاً في الوصية دون الاستمتاع.

فصل: ولو كان الموصى به أرضاً فزرعها: لم يكن رجوعاً، لأن الزرع لا يتبقى ولو بنى فيها أو غرسها: ففيها وجهان:

أحدهما: يكون ذلك رجوعاً، فعلى هذا إن كان البناء والغرس في جميعها: كان رجوعاً في الجميع، وإن كان في بعضها: كان رجوعاً فيما غرسه وبناه، دون ما لم يغرسه ولم يبنه.

والثاني: لا يكون رجوعاً، لأن ذلك من استيفاء منافعها، فعلى هذا تكون الوصية فيما بين البناء والغرس من بياض الأرض بحالها.

فأما أساس البناء، وقرار الغرس، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يكون رجوعاً، وإذا تلف الغرس، وانهدم البناء: عاد إلى الموصى له.

والثاني: يكون رجوعاً، لأنه قد صار تباعاً لها عليه ومستهلكاً به.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ المُوصَى بِهِ قَمْحاً فَخَلَطَهُ بِقَمْحٍ أَوْ طَحَنَهُ دَقِيقاً فَصَيَّرَهُ عَجِيناً كَانَ أَيْضاً رُجُوعاً».

قال في الحاوي: وهذه ثلاث مسائل:

أحدها: إذا أوصى له بحنطة فخلطها بحنطة أخرى كان هذا رجوعاً، لأن الوصية كانت بحنطة معينة، وبخلطها قد تعذر الوصول إلى عينها، سواء خلطها بمثلها في الجودة أو بأجود أو بأردأ. وإن خلطها بغير جنسها فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون مما يشق تمييزه أو لا يشق، فإن خلطها بما يشق تميزه منها كحنطة أخلط بها شعيراً، أو أرزاً أو عدساً: فهذا رجوع، لأنه خلط بما لا يتميز.

وإن خلطها بما لا يشق تمييزه كالجوز، واللوز، لم يكن رجوعاً كما لو أحرزها ولو نقل الحنطة عن البلد إلى غيره فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينقلها إلى ما هو أقرب إلى بلد الموصى له، فهذا لا يكون رجوعاً، لأنه يدل على الحرص وتمامها.

والثاني: أن ينقلها إلى بلد هو أبعد إلى الموصى له من البلد الذي كانت فيه فهذا على ضربين:

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧١).

أحدهما: أن يكون ذلك لعذر ظاهر من خوف طرأ، أو فتنة حدثت، فلا يكون ذلك رجوعاً.

والثاني: أن يكون ذلك لغير عذر ففي كونه رجوعاً وجهان:

أحدهما: يكون رجوعاً اعتباراً بظاهر فعله.

والثاني: لا يكون رجوعاً اعتباراً ببقائها على صفتها على ملكه، والله أعلم.

فصل: فالمسألة الثانية: أن لو أوصى له بحنطة فيطحنها: فيكون ذلك رجوعاً لعلتين إحداهما: زوال الاسم عنها بالطحن.

والثانية: القصد إلى استهلاكها بالأكل.

وهكذا: لو قالاها سويقاً فإن طحنها كان رجوعاً لعلتين، وإن لم يطحنها بعد القلي كان رجوعاً لإحدى العلتين وهو قصد استهلاكها.

وهكذا لو بذرها: كان رجوعاً، وكذلك لو عملها نشاً أو بلها بالماء كان رجوعاً.

فصل: **والمسألة الثالثة**: أن يوصى له بدقيق فيصيره عجيناً فهذا رجوع، لأنه حصد به الاستهلاك وهكذا لو أوصى له بعجين فخبزه خبزاً، كان رجوعاً لزوال الاسم دون الاستهلاك، ولو أوصى له بخبز فدقه فتوتاً ففي كونه رجوعاً وجهان:

أحدهما: أن يكون رجوعاً لزوال عن صفته.

والثاني: لا يكون رجوعاً لبقاء اسم الخبز عليه؛ ولأن دقه إبقاء له. ولكن لو جعل ثريداً كان رجوعاً.

فصل: ولو أوصى بقطن فعزله: كان رجوعاً لزوال الاسم عنه. ولو حشاه في مخدة أو مضربه ففي كونه رجوعاً وجهان:

أحدهما: هو قول أبي علي بن خيران أنه يكون رجوعاً كما لو عزله.

والثاني: لا يكون رجوعاً، لأنه ما أزال عنه الاسم، ولا قصد به الاستهلاك ولو أوصى له بغزل فنسجه ثوباً كان رجوعاً، لزوال اسم الغزل عنه.

ولو أوصى له بثوب فقطعه قميصاً كان رجوعاً لانتقال الاسم وقصد الاستعمال ولو غسله لم يكن رجوعاً، ولو صبغه كان رجوعاً، ولو قصره ففي كونه رجوعاً وجهان:

أحدهما: لا يكون رجوعاً كالغسل.

والثاني: يكون رجوعاً كالصبغ.

فصل: فلو أوصى بشاة فذبحها: كان رجوعاً لزوال الاسم وقصد الاستهلاك وقال أبو حنيفة: لا يكون رجوعاً ولو أوصى له بلحم فقدده لم يكن رجوعاً؛ لأنه بالتقديد يستبقي ولو طحنه: كان رجوعاً، لأنه صار مستهلكاً. وإذا شوي كان أبقى له.

فصل: ولو أوصى له بنقرة فضة، فطبعها دراهم، أو صاغها حلياً كان رجوعاً، لانتقال الاسم وهكذا: لو أوصى له بحلي، أو دراهم فسبكها نقرة، كان رجوعاً. ولو

أوصى له بتمر فكذا: لم يكن رجوعاً، لأنه يستبقي به.

ولو جعله دبساً: كان رجوعاً لزوال الاسم.

وهكذا: لو أوصى له بعنب، فجعله عصيراً أو زيتون فجعله زيتاً، أم بسمسم فجعله شيرجاً، كان رجوعاً.

ولو أوصى برطب فجففه تمراً أو بعنب فجففه زبيباً، لم يكن رجوعاً، لأنه بذلك يدخر وهو على صفته فصار كما لو أوصى له بجدي، فصار تيساً، أو ببصل فصار خلاً.

فصل: وإذا أوصى له دار فهدمها: كان رجوعاً.

وقال أبو حنيفة: لا يكون هدم الدار رجوعاً، وهذا خطأ، لأنه لما كان طحن الحنطة رجوعاً، كان هدم الدار فأولى أن يكون رجوعاً. ولو جعل الدار حماماً: كان رجوعاً، كان هدم الدار فأولى أن يكون رجوعاً. ولو جعل الدار حماماً: كان رجوعاً بوفاق مع أبي حنيفة، وهو حجة عليه في هدمها. ولكن لو عمرها، لم يكن رجوعاً، ولو جعل عليها سباطاً لم يكن داخلاً في الوصية.

وهل يكون وضع السباط عليه من حيطانها على وجهين كما قلنا في قرار الغرس وأساس البناء.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِمَكِيلَةِ حِنْطَةٍ مِمَّا فِي بَيْتِهِ ثُمَّ خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا لَمْ يَكُنْ رُجُوعاً وَكَانَتْ لَهُ المَكْيَلَةُ بِحَالِهَا».

قال في الحاوي: قد مضى الكلام فيمن أوصى بصبرة مميزة وأنه متى خلطها بغيرها كان رجوعاً.

فأما مسألتنا هذه مصورة في رجل أوصى لزيد بقفيز من صبرة حنطة في بيته، ثم خلطها، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يخلطها بمثلها، فهذا لا يكون رجوعاً، لأن القدر الموصى به كان مختلطاً بغيره، وحالف الحنطة المتميزة التي يصير خلطها رجوعاً.

والثاني: أن يخلطها بأجود منها: فهذا يكون رجوعاً، لأنه قد أحدث فيها بالخلط زيادة لا يملكها الموصى له فصار كالذهب إذا صاغه.

والثالث: أن يخلطها بأردأ منها، ففي كونه رجوعاً وجهان:

أحدهما: وهو قول علي بن أبي هريرة لا يكون رجوعاً، لأنه نقص أحدثه فيها، فصار كما لو أخذ بعضها: لم يكن رجوعاً فيما بقي عنها.

والثاني: يكون رجوعاً، لأن الحنطة تتغير بالأردأ كما تتغير بالأجود وجملة ما

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧١).

يكون رجوعاً في الوصية مع بقائها على ملك الموصي أن يقصد إلى استهلاكها أو يحدث فيها بفعله زيادة لا يمكن تميزها.

فصل: ولو حجر الموصي الوصية كان رجوعاً.

وحكي عن محمد بن الحسن أن الحجور لا يكون رجوعاً، وهذا فاسد، لأن الحجور أغلظ من الرجوع. ولو قال: هذا علي حرام كان رجوعاً؛ لأن الوصية لا تكون عليه حراماً. وقال محمد بن الحسن لا يكون ذلك رجوعاً.

ولو قال: هي لورثتي كان رجوعاً. ولو قال: هي من تركتي ففي كونه رجوعاً وجهان:

أحدهما: يكون رجوعاً، لأن التركة للورثة.

والثاني: لا يكون رجوعاً؛ لأن الوصايا من حملة التركة والله أعلم.

باب المرض الذي تجوز فيه العطية ولا تجوز والمخوف غير المرض

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «كُلُّ مَرَضٍ كَانَ الأَغْلَبُ فِيهِ أَنَّ الْمَوْتَ مَخُوفٌ عَلَيْهِ فَعَطِيَّتُهُ إِنْ مَاتَ فِي حُكْمِ الوَصَايَا وَإِلَّا فَهُوَ كَالصَّحِيحِ».

قال في الحاوي: اعلم أن ما يخرجه الإنسان من ماله ضربان:

أحدهما: وصاياه بعد موته.

والثاني: عطاياه المنجزة في حياته.

فأما الوصايا: فهي من الثلث، سواء أوصى بها في صحة أو مرض، فإن اتسع الثلث لجميعها أمضيت، ولم يكن للوارث فيها اعتراض، وإن ضاق الثلث عنها: رد الفاضل على الثلث إن لم يجزه الورثة ويحاص أهل الوصايا الورثة بالثلث. وسواء من تقدمت الوصية له أو تأخرت، إلا أن يكون فيه عتق، فيكون في تقديمه على الوصايا قولان:

وأما العطايا المنجزة في الحياة: فكالهبة، والصدقة، والمحاباة، والعتق، والوقف فضربان:

أحدهما: ما كان في الصحة.

والثاني: ما كان في المرض.

فأما عطايا الصحة فمن رأس المال، سواء قرب عهدها بالموت أو بعد.

وأما عطايا المرض فالمرض، ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧١).

قسم يكون غير مخوف: كوجع الضرس، ورمد العين، ونفور الطحال، وحمى يوم. فالعطايا فيه: من رأس المال، لأن الإنسان مطبوع على أحوال متغايرة ولا يبقى معها على حالة واحدة ولا يخلو في تغييره واستحالته، فإن أعطى في هذه الحالة كانت عطيته من رأس ماله، مثاله كالصحيح، وإن مات عقيب عطيته، لأن حدوث الموت بغيره فهذا هو قسم.

والثاني: حال المعاينة وحشرجة النفس، وبلوغ الروح التراقي، فلا يجري عليه فيها حكم قلم، ولا يكون لقوله حكم، لأنه في حكم الموتى وإن كان يتحرك حركة المذبوح، وكذلك من شق بطنه وأخرجت حشوته لا يحكم بقوله ووصيته في هذه الحالة، وإن كان يتحرك أو يتكلم؛ لأن الباقي منه كحركة المذبوح بعد الذبح.

والثالث: المرض المخوف الذي الحياة فيه باقية والإياس من صاحبه واقع كالطواعين، والجراح النافذة، فعطاياه كلها من ثلثه، سواء كان هبة أو محاباة أو عتقاً.

وقال داود بن علي: العتق كله من الثلث، للخبر فيه وما سواه من رأس المال.

وقال طاوس: العتق وغيره من رأس المال استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحجّ: ٧٧]، ولأنه لما كان ما أنفقه من ماله في ملاذه وشهواته من رأس ماله. كان ما يتقرب به من عتقه وهباته ومحاباته أولى أن تكون من رأس ماله.

والدليل على فساد هذا القول قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كُنتُمْ تَمَنَّوْنَ ٱلْمَوْتَ مِن قَبْلِ أَن تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ ﴿١٤٣﴾﴾ [آل عِمرَان: ١٤٣]. يعني به خوف القتل وأسباب التلف وسماه باسمه لقربه منه، واتصال حكمه بحكمه، وقال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقَرَة: ١٨٠].

يعني بحضور الموت ظهور دلائله ووجود أسبابه.

ولأن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطاكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم»(١).

فأما استدلاله بنفقات ملذاته، وشهواته، فالجواب عنه: أن ما اختص به المريض من مصالحه، هو أحق به من ورثته، وما عاد إلى غيره من هبته ومحاباته، فورثته أحق به. فلذلك أمضت نفقاته من رأس ماله لتعلقها بمصالحه في حال حياته، وجعلت هباته من ثلثه لتعلقها بمصلحة غير ثم بنفسه بعد مماته فلم يكن له إلا ما جعلت له الشريعة والله أعلم بالصواب.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمِنَ المَخُوفِ مِنْهُ إِذَا كَانَتْ حِمَّى بَدَأَتْ بِصَاحِبِهَا ثُمَّ إِذَا تَطَاوَلَتْ فَهُوَ مَخُوفٌ إِلَّا الرُّبُعَ فَإِنَّهَا إِذَا اسْتَمَرَّتْ بِصَاحِبِهَا رُبُعاً فَغَيْرُ مَخُوفَةٍ وَإِنْ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٣/ ١٧١).

كَانَ مَعَهَا وَجَعٌ كَانَ مَخُوفاً وَذَلِكَ مِثْلُ البِرْسَامِ أَوِ الرِّعَافِ الدَّائِمِ أَوْ ذَاتِ الجَنْبِ أَوِ الخَاصِرَةِ أَوْ القَوْلَنْجِ وَنَحْوِهِ فَهُوَ مَخُوفٌ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن عطايا المرض المخوف من الثلث كالوصايا، وإن تقدمت عليها فالمرض المخوف، هو الذي لا تتطاوله بصاحبه معه الحياة. وقال أهل العراق: المخوف هو من المضني، المضعف عن الحركة الذي يصير به الإنسان صاحب فراش، وإن تطاول به أجله، وهذا خطأ عندنا، لأن ما تطاول بالإنسان فهو مهلته، وبقية أجله، لأن الموت طارىء على كل حي وإن صح، وإنما يختلف حاله فيما تعجل به الموت وجاء.

وقد قال تعالى: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ﴾ [البَقَـرَة: ١٨٠]. والحاضر ما كان قريباً منه لا ما بعد. وقال النبي ﷺ: «إن الله تعالى أعطاكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم».

فصل: فإذا تقرر أن المخوف ما جاء وعجل، فالأمراض كلها على أربعة أقسام:

أحدها: ما كان غير مخوف في الابتداء والانتهاء كوجع الضرس ورمد العين، وحرب اليد، فعطاياه من رأس ماله، فإن مات فبحدوث غيره.

والثاني: ما كان مخوفاً في الابتداء والانتهاء كالبرسام، وذات الجنب، والحاضرة، فعطاياه فيه من ثلثه، فإن صح فيه أو قتل أو مات تحت هدم، بان أنه كان غير مخوف فيكون عطاياه فيه من رأس ماله.

والثالث: ما كان في ابتدائه غير مخوف، وفي انتهائه مخوفاً كالحمى، والسل، فعطيته في ابتدائه من رأس المال وفي انتهائه من ثلثه.

والرابع: ما كان في ابتدائه مخوفاً وفي انتهائه غير مخوف كالفالج يكون في ابتدائه عند غلبة البلغم عليه مخوفاً فإذا انتهى بصاحبه حتى صار فالجاً فهو غير مخوف؛ لأنه قد يدوم بصاحبه شهراً والله أعلم.

فصل: وإذا تقرر ما مهدناه من أصول الأمراض فسنذكر من تفصيلها ما يكون مثالاً لنظائره فمن ذلك الحمى، فهي يوم أو يومان أو ثلاثة أيام غير مخوف، لأنها قد تكون من تعب الإغماء وظهور الحمى وقد قال بعض أهل العلم في قوله تعالى: ﴿وَإِن مِّنكُمْ إِلَّا وَارِدُهَا﴾ [مَريَم: ٧١] إنها الحمى.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الفيح الحمى من فيح جهنم فأبردوها بالماء»[١]. فإن استمرت بصاحبها فهي مخوفة، لأنها تدفن القوة التي هي قوام الحياة، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: الحمى دابر الموات، وهي هجرة الله تعالى في أرضه، يحبس عبده بها

---

(١) أخرجه مسلم (٧٨/ ٢٢٠٩)، والترمذي (٢٠٧٤)، وأحمد (٣/ ٤٦٤).

إذا شاء فيرسله إذا شاء»[١]. وروي عنه ﷺ أنه قال: «حمى يوم كفارة سنة»[٢] وقد قيل إنه يضرب بها عروق البدن كلها وهي ثلاثمائة وستون عرقاً فجعل كل عرق لكل يوم من أيام السنة التي هي ثلاثمائة وستون يوماً فإن صارت الحمى عند استمرارها رفعاً فهي غير مخوفة، لأن ما يحدث من القوة في أيام الاستراحة يكون خلفاً مما ذهب بها في يوم النوبة فصارت القوة محفوظة فزال الخوف.

فأما إذا اقترن بما لا يكون مخوفاً من حمى يوم أو يومين ببرسام أو ذات الجنب أو وجع الخاصرة، أو القولنج، فقد صار مخوفاً.

فإن قيل: هذه الأمراض بانفرادها مخوفة فيكف جعلها الشافعي مع حمى يوم أو يومين مخوفة، فلأصحابنا عنه جوابان:

أحدهما: أنه أراد من هذه الأمراض ما كان منها لا يكون بانفراده مخوفاً. فإذا اقترن بحمى يوم أو يومين صار مخوفاً.

والثاني: أن من حمى حمى يوم فهو كالصحيح ولا يكون مخوفاً عليه إلا أن تحدث به هذه الأمراض التي يصير حدوثها بالصحيح مخوفاً.

وهكذا حمى الربع إذا اقترن بها هذه الأمراض صارت مخوفة فأما الرعاف فإن قل ولم يستقر فهو غير مخوف؛ لأنه قد يكون من غلبة الدم زيادته فبطلت من منافذ الجسد ما يخرج منه وإن كثر واستمر فهو مخوف، لأنه قد ينزف دمه، والدم هو قوام الروح ومادة الحياة.

مسألة[٣]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ سَهُلَ بَطْنُهُ يَوْماً أَوْ اثْنَيْنِ وَتَأَتَّى مِنْهُ الدَّمُ عِنْدَ الخَلَاءِ لَمْ يَكُنْ مَخُوفاً فَإِنْ اسْتَمَرَّ بِهِ بَعْدَ يَوْمَيْنِ حَتَّى يَعْجَلَهُ أَوْ يَمْنَعُهُ النَّوْمُ أَوْ يَكُونَ البطن مُتَحَرِّقاً فَهُوَ مَخُوفٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَحَرِّقاً وَمَعَهُ زَحِيرٌ أَوْ تَقْطِيعٌ فَهُوَ مَخُوفٌ».

قال في الحاوي: أما سهل البطن، يوم أو يومين، إذا لم يكن البطن متحرقاً ولا وجد معه وجعاً، لم يكن مخوفاً، لأنه قد يكون من فضله في غذاء أو خلط في بدن، ولأن الصحيح، قد يقصد إسهال بطنه بشرب الدواء المطبوخ، لإخراج الخلط الفاسد، فما أجاب به الطبع من ذلك، فهو أدل على الصحة. فأما إن استدام به الإسهال صار مخوفاً، لأنه تضعف معه القوة ولا يثبت معه الغذاء.

---

(١) بلفظ: «الحمى رائد الموت» أخرجه البيهقي في «دلائل النبوة» (٦/ ٢٦١)، والطبراني كما في «مجمع الزوائد» (٥/ ٩٥)، وقال الهيثمي: «وفيه المحبر بن هارون، ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات»، وبلفظ: «الحمى بريد الموت» أورده العجلوني في «كشف الخفاء» (١/ ٤٣٩).

(٢) أورده الذهبي في «الطب النبوي» ط الحلبي (ص١٢١)، والفتني في «تذكرة الموضوعات» (٢٠٦)، والعجلوني في «كشف الخفاء» (١/ ٤٤٠)، والزبيدي في «إتحاف السادة المتقين» (٩/ ١٧٦).

(٣) انظر الأم (٣/ ١٧٢).

ولم لم يتطاول وكان يوماً أو يومين لكن كان البطن متخرقاً بعجلة، فلا يقدر على حبسه كان مخوفاً، وهكذا لم يكن متخرقاً لكن كان معه زخير وتقطيع دم، أو ألم يمنعه من النوم فهو مخوف.

وأما إن كان معه في اليوم أو اليومين دم فقد نقل المزني في مختصره هذا: «ويأتي معه الدم عند الخلاء لم يكن مخوفاً».

وقال الشافعي في «الأم»[1]: «لا يأتي فيه دم لا شيء غير ما يخرج الخلاء لم يكن مخوفاً فاختلف أصحابنا فكان بعضهم ينسب إلى المزني الخطأ في نقله وجعل خروج الدم مع الإسهال مخوفاً على ما دل عليه كلامه في الأم وحكى الداركي عن أبي إسحاق المروزي، أن النقل صحيح، وأن الجواب مختلف على اختلاف حالين، وحملوا نقل المزني على أنه لا يكون مخوفاً إذا كان خروج الدم من بواسير أو بواصير، وما دل عليه كلام الشافعي من أن يكون مخوفاً إذا كان خروج الدم من المخوف والله أعلم.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا أَشْكَلَ سُئِلَ عَنْهُ أَهْلُ البَصَرِ».

قال في الحاوي: اعلم أن الأمراض ضربان: ضرب يكون العلم به جلياً يشترك في معرفته الخاص والعام، فهذا لا يحتاج في معرفته إلى سؤال أهل العلم به. وضرب يكون العلم به خفياً يختص به أهل العلم فيسألوا أو يرجع إلى قولهم فيه.

كما أن علم الشريعة ضربان: ضرب جلي يشترك فيه الخاص والعام كالصلوات الخمس وأعداد ركعاتها، وصوم شهر رمضان ووجوبه، فلا يحتاج فيه إلى سؤال العلماء إلا فيما يتفرع من أحكامه وضرب يكون خفياً فيلزمهم سؤال العلماء عنه إذا ابتلوا به.

ثم إذا لزم سؤال أهل الطب فيما أشكل من الأمراض، لم يقتنع فيه بأقل من عدلين من طب المسلمين، لأنها شهادة. فإن قالوا غالبه التلف جعلت العطايا من الثلث لكونه مخوفاً.

وإن قالوا غالبه السلامة فهو غير مخوف. وهكذا لو قالوا: غالبه الموت بعد زمان طويل فهو غير مخوف. والعطايا فيه من رأس المال.

فلو مات فقال: من شهد بسلامته من الطب أخطأنا قد كنا ظنناه أنه غير موح فبان موحياً: قبل قولهم، لأن ما رجعوا إليه من هذا القول أمارة دالة وهو الموت، فلو اختلفوا في المرض فحكم بعض بأنه مخوف موح. وقال بعضهم غير مخوف: رجع إلى قول الأعلم منهم فإن استووا في العلم، وأشكل على الأعلم: رجع إلى قول الأكثر منهم عدداً، فإن استووا في العدد رجع إلى قول من حكم بالمخوف، لأنه قد علم من غامض المرض ما خفي على غيره.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٣٥).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٧٢).

فلو اختلف المعطي والوارث في المرض عند اعوزاز البينة، فادعى الوارث أنه كان مخوفاً، وقال المعطي غير مخوف: فالقول فيه قول المعطي مع يمينه دون الوارث لأمرين:

أحدهما: أننا على يقين من تقدم السلامة، وفي شك من حدوث الخوف.

والثاني: أنه مالك لما أعطي فلا ينزعه بعضه بالدعوى.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ سَاوَرَهُ الدَّمُ حَتَّى تَغَيَّرَ عَقْلُهُ أَوْ الْمُرَارِ أَوْ الْبَلْغَمِ كَانَ مَخُوفاً فَإِنْ اسْتَمَرَّ بِهِ فَالِجٌ، فَالأَغْلَبُ إِذَا تَطَاوَلَ بِهِ أَنَّهُ غَيْرُ مَخُوفٍ».

قال في الحاوي: أما مساورة الدم يعني به ملازمة الدم وغلبته. ومنه قول الشاعر(٢):

فَبِتُّ كَأَنِّي سَاوَرَتْنِي ضَئِيلَةٌ ... مِنَ الرُّقْشِ فِي أَنْيَابِهَا السُّمُّ نَاقِعُ

ومساورة الدم هو ما يسميه الطب: الحمرة وهو أن يغلب الدم بزيادته فلا يسكن بالفصد، وربما حدث منه الخناق والذبحة فيوصي صاحبه فهو مخوف.

وأما المرار إذا غلب عليه فهو مخوف، فإن انقلب المرار إلى السوداء فهو غير مخوف، لأن السوداء قد تفضي بصاحبها إلى أحد أمرين، إما تغير العقل، وإما ظهور حكة وبثور، وذلك في الأغلب غير مخوف.

وأما البلغم إذا غلب فمخوف، فإن استمر فصار فالجاً فهو غير مخوف، لأن المفلوج قد تسترخي بعض أعضائه فيعيش دهراً.

مسألة(٣):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «والسُّلُّ غَيْرُ مَخُوفٍ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح؛ لأن السل قد يطول بصاحبه فيعيش المسلول دهراً لا سيما إذا كان شيخاً، وقد ذكرنا أن المخوف ما كان موحياً، فإن استدام بصاحبه حتى استسقى وسقط فهو مخوف، والله أعلم.

مسألة(٤):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالطَّاعُونُ مَخُوفٌ حَتَّى يَذْهَبَ».

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٢).

(٢) البيت من الطويل، وهو للنابغة الذبياني في «ديوانه» ص٣٣، وخزانة الأدب (٢/ ٤٥٧)، والحيوان (٤/ ٢٤٨)، والدرر (٦/ ٩)، وسمط اللآلىء ص٤٨٩، وشرح شواهد المغني (٢/ ٩٠٢)، والكتاب (٢/ ٨٩)، ولسان العرب (٤/ ٥٠٧، طور ـ ٥/ ٢٠١، نذر)، ومغني اللبيب (٢/ ٥٧٠)، والمقاصد النحوية (٤/ ٧٣)، وتاج العروس (١٢/ ٤٣٩ ـ طور، ١٤/ ٢٠١ ـ نذر)، (٢٢/ ٢٧٤ ـ نقع)، وأساس البلاغة (نقع).

(٣) انظر الأم (٣/ ١٧٢).

(٤) انظر الأم (٣/ ١٧٢).

قال في الحاوي: وإنما قال ذلك، لأنه إذا حدث في الإنسان وخاف لم يتطاول. وقد جاء في الحديث أنه وخز من وخز الشيطان فإن ظهر الطاعون في بلد حتى لا يتدارك الناس بعضهم بعضاً، وكفى الله حسن الكفاية فما لم يقع الإنسان فليس بمخوف وإن وقع به صار مخوفاً.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ أَنْفَذَتْهُ الجِرَاحُ فَمَخُوفٌ فَإِنْ لَمْ تَصِلْ إِلَى مَقْتَلٍ وَلَمْ تَكُنْ فِي مَوْضِعِ لَحْمٍ وَلَمْ يَغْلِبْهُ لَهَا وَجَعٌ وَلَا ضَرَبَانٌ، وَلَمْ يَأْتَكِلْ وَيَرِمْ فَغَيْرُ مَخُوفٍ».

قال في الحاوي: والجراح ضربان:

أحدهما: أن تصل إلى جوفه في صدر أو ظهر أو خصر أو إلى الدماغ فهذا مخوف، لأنه ربما دخل منها إلى الجوف ريح تصل إلى القلب، أو تماس الكبد فيقتل، أو ربما خرج بها من الجوف ما يقتل، وهكذا كانت حال عمر رضي الله عنه حين جرح.

والثاني: أن لا تصل إلى الجوف ولا إلى الدماغ فينظر.

فإن ورمت، أو اتكلت أو اقترن بها وجع، أو ضربان فمخوف، لأن ألم وجعها إذا وصل إلى القلب قتل وورمها، وأكلتها تسري إلى ما يليها، فتقتل، وإن لم يكن معها من ذلك شيء فهي غير مخوفة؛ لأن السلامة منها أغلب، والله أعلم.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا الْتَحَمَتِ الحَرْبُ فَمَخُوفٌ فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِي مُشْرِكِينَ يَقْتُلُونَ الأَسْرَى فَمَخُوفٌ. وَقَالَ فِي الإِمْلَاءِ إِذَا قَدِمَ مَنْ عَلَيْهِ قَصَاصٌ غَيْرَ مَخُوف مَا لَمْ يَجْرَحُوا لأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يُتْرَكُوا فَيَحْيُوا . قَالَ المُزَنِيُّ: الأَوَّلُ أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ وَقَدْ يُمْكِنُ أَنْ يَسْلَمَ مِنَ الْتِحَامِ الحَرْبِ وَمِنْ كُلِّ مَرَضٍ مَخُوفٍ».

قال في الحاوي: ذكر الشافعي ها هنا ثلاث مسائل: فيمن التحم في الحرب فهذا ينظر فإن تكافأ الفريقان فمخوف عليهما، وإن كان أحدهما أكثر عدداً من الآخر فليس بمخوف على الأكثرين وهو مخوف على الأقلين.

وسواء كان القتال بين المسلمين أو مع المشركين فجعل الشافعي التحام القتال مخوفاً.

والثانية: إذا حمل المسلم أسيراً في أيدي المشركين، فإن كانوا لا يقتلون الأسرى على عادة قد عرفت لهم في استيفائهم لمن رق أو فدى فغير مخوف، وإن عرفوا بقتل الأسرى. قال الشافعي: هو مخوف، فجعل الأسر خوفاً كالتحام القتال.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٢).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٧٢، ١٧٣).

والثالثة: من قدم للقصاص ووجب عليه قال الشافعي[(١)]: هو غير مخوف ما لم يجرح، فلم يجعل التقديم للقصاص مخوفاً بخلاف التحام القتال والأسير. واختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة، وأبو حامد المروزي، وطائفة كبيرة يجمعون بين الجوابين في المسائل الثلاث، ويخرجونها على قولين:

أحدهما: أن يكون مخوفاً، الحال في المسائل الثلاث لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كُنتُمْ تَمَنَّوْنَ ٱلْمَوْتَ مِن قَبْلِ أَن تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ ﴿١٤٣﴾﴾ [آل عِمرَان: ١٤٣] فجعل خوف القتل كخوف المرض في رؤية الموت فيهما فدل على استوائهما ولأن نفس المريض أسكن من هؤلاء لما يرجو من صلاح الدواء فكان ذلك بالخوف أحق.

والثاني: أنه لا يكون مخوف الحال في هذه المسائل الثلاث، لأن خوف المرض حال في جسمه، ومماس لجسده، فصار حكمه فيه مستقراً وليست حاله في هذه المسائل الثلاث كذلك، لأنه يخاف من قرب أجله بحلول ما يحدث في جسده ويناله في يده وذلك غير حال ولا مستقر، وإنما هو بمنزلة الشيخ الهرم الذي هو لعلو السن منتظر الموت في يوم بعد يوم وعطاياه من رأس ماله فكذلك هؤلاء.

وقال آخرون من أصحابنا: بل جواب الشافعي على ظاهره في المسائل الثلاث فيكون الأسر، والتحام القتال خوفاً، ولا يكون التقديم للقصاص خوفاً.

والفرق بينهما أن المشركين يرون قتل الأسرى ديناً ونحلة فالعفو منهم غير موجود وليس كذلك ولي القصاص، لأن ما وصف الله تعالى به المسلمين من الرأفة والرحمة وندبهم إليه من الأخذ بالعفو هو الأغلب من أحوالهم والأشبه بأحوالهم فكان ذلك فرقاً بين الفريقين.

وقال ابن سريج: المسائل الثلاث كلها على سواء في اعتبار ما يدل عليه الحال وتشهد به الصورة من أن ينظر: فإن كان ولي القصاص قاسياً جنفاً فالأغلب من حاله التشفي، وأنه ممن لا يمن ولا يعفو فتكون حال المقتص منه مخوفة كالأسير إذا كان في يد من لا يعفو عن أسير.

وإن كان ولي القصاص رحيماً ومن الخنق والقوة بعيداً فالأغلب من حاله العفو، وأن يمن عن قدرة، فتكون حال المقتص منه غير مخوفة، كالأسير إذا كان في يد من يعفو عن الأسرى.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فالأمور المخوفة ضربان:

أحدهما: ما دخل في الحسن وماس البدن كالأمراض فهي مخوفة إذا كان عليها التوحية.

والثاني: ما فارق الجسم واختص بحاله كالأسير والملتحم في القتال، فإن ترددت

---

(١) انظر الأم (٤/ ٣٥).

حاله بين خوف ورجاء فغير مخوف، وإن كان الخوف أغلب على ما ذكرنا من القولين فمن ذلك أن يقترضه الأسد فلا يجد محيصاً، فإن كانوا جماعة لم تكن حالهم مخوفة، لأن الأسد لا يفترس في الحال إلا أحدهم، فلم يكن الأغلب من حال كل واحد التلف، وإن جاز أن يكون الهالك.

وإن كان واحداً فإن باشره الأسد فحاله مخوفة. فأما قبل المباشرة فعلى ما ذكرنا من القولين.

ومن ذلك من غشيه سيل، أو غشيته نار، فإن وجد منها نجاة فحاله غير مخوفة وإن لم يجد منها نجاة فإن أدركه السيل ولحقته النار، فحاله مخوفة لأجل المحاسة.

وفيما قبل إدراك السيل ولفح النار قولان: وكذلك من طوقته أفعى فإن نهشته مخوفة وقبل نهشته على قولين، إلا أن تكون من حيات الماء التي قد يقتل سمها وقيل: لا يقتل فلا تكون مخوفة قولاً واحداً.

ومن ذلك: أن يقيه في مغارة لا يجد فيهما طعاماً ولا شراباً فإن جوز أن يجد الماء إلى أقصى مدة يتماسك فيها رمقه طعاماً أو شراباً أو ما يمسك رمقه من حشيش أو ميتة إما بالوصول إلى عمارة أو بالحصول على جارة، أو بأن يدركه سائر فحاله غير مخوفة لترددها بين الأمرين.

وإن يئس من ذلك كله واشتد جوعه وعطشه فعلى قولين. وكذلك راكب البحر فإن كانت الريح ساكنة والأمواج هادئة فهو غير مخوف وهكذا لو اشتدت بهم ريح معهودة وأمواج مألوفة فغير مخوفة، وإن عصفت بهم الريح وتلاطمت بهم الأمواج حتى خرجوا عن معهود السلامة فإن كسر بهم المركب حتى صاروا على الماء فمخوف، لأن الأغلب منه سرعة الهلكة فأما قبل حمولهم على الماء فعلى قولين ومن ذلك من وجب عليه الرجم في الزنى أو القتل في الحرابة فإن كان بإقراره فحاله غير مخوفة، لأنه لو رجع عن إقراره لم يرجم ولم يتحتم قتل الحرابة عليه وصار إلى خيار ولي الدم وإن كان بمشاهدة الإمام له فمخوف، لأنه لا سبيل إلى سلامته وإن كان بنية عادلة قامت عليه قد يجوز في النادر رجوعها، فعلى قولين، لأن الغالب تمام الشهادة ووجوب القتل.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا ضَرَبَ الحَامِلُ الطَّلْقُ فَهُوَ الخوفُ، لأَنَّهُ كَالتَّلَفِ وَأَشَدَّ وَجَعاً، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ».

قال في الحاوي: حكي عن مالك: أن الحامل إذا أثقلت بمعنى ستة أشهر من حملها فهو مخوف لقوله تعالى: ﴿فَلَمَّآ أَثْقَلَت دَّعَوَا ٱللَّهَ رَبَّهُمَا﴾ [الأعراف: ١٨٩].

وعندنا أنه ما لم يضربها الطلق فغير مخوف، لأن الغالب من حالها السلامة، ولو

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٣).

جاز أن يكون حالها عند ثقلها مخوفة، لأنها قد تؤول إلى الخوف أن يكون حال الخوف من أول الحمل.

لقوله تعالى: ﴿فَلَمَّآ أَثْقَلَت دَّعَوَا ٱللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ ءَاتَيْتَنَا صَٰلِحًا لَّنَكُونَنَّ مِنَ ٱلشَّٰكِرِينَ﴾ [الأعراف: ١٨٩].

فأما إذا ضربها الطلق عند حضور الولادة فحالها مخوفة سواء كانت بكراً أو ثيباً. وقال بعض أصحابنا: إننا نخاف من ذلك على الأبكار والأحداث، فأما من توالت ولادتها من كبار نساء فغير مخوف، لسهولة ذلك عليهم لاعتيادهن وأن الأغلب سلامتهن.

فأما بعد وضع الحمل فما لم تنفصل المشيمة ويسكن ألم الولادة فمخوف فإذا أثقلت المشيمة وسكن ألم الولادة فغير مخوف.

فأما إلقاء السقط فإن كان لأكثر من ستة أشهر فمخوف، وإن كان لأقل من ستة أشهر وقبل حركته فغير مخوف، وإذا كان بعد حركته فعلى وجهين:

أحدهما: وهو الأظهر أنه مخوف.

والثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني أنه غير مخوف إلحاقاً بما قبل الحركة وليس كذلك، لأن إلحاق المتحرك بما بعد ستة أشهر أشبه، والله أعلم بالصواب.

باب الأوصياء

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا تَجُوزُ الوَصِيَّةُ إِلَّا إِلَى بَالِغٍ مُسْلِمٍ حُرٍّ عَدْلٍ أَوْ امْرَأَةٍ كَذَلِكَ».

قال في الحاوي: الأصل في قبول الوصايا، والتعاون عليها، قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

وقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧].

وقول النبي ﷺ: «أمتي كالبنيان يشد بعضه بعضاً»[(٢)] وقد أوصى رسول الله ﷺ إلى علي رضوان الله عليه وأوصى أبو بكر إلى عمر رضي الله عنهما». وإذا كان ذلك مندوباً إليه ومأموراً به، فيختار لمن علم في نفسه القدرة، والأمانة أن يقبلها ولمن علم في نفسه العجز والخيانة أن يردها. ثم الكلام فيها يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدهما: في الوصي.

والثاني: في الموصي.

والثالث: في الموصى به.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٣).

(٢) أخرجه البخاري (٦٠٢٦)، ومسلم (٦٥/ ٢٥٨٥).

فأما الوصي، فيعتبر فيه استكمال خمسة شروط ولا تصح الوصية إليه إلا بها وسواء كانت الوصية بالولاية على أطفال أو بتفريق مال. وهي: البلوغ، والعقل، والحرية والإسلام، والعدالة.

وهي الشروط المعتبرة في جواز الشهادة. فأما الشرط الأول: وهو البلوغ فلأن القلم عن غير البالغ مرفوع، ولأن تصرفه في حق نفسه مردود، فأولى أن يكون في حق غيره مردوداً.

فلو جعل الصبي وصياً بعد بلوغه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون لهما في الحال قابل لها.

والثاني: أن لا يكون.

فإن لم يكن في الحال من يقبلها، بل قال: قد أوصيت إلى هذا الصبي إذا بلغ، فالوصية إليه باطلة في الحال وبعد بلوغه؛ لأنه ليس في الحال بأهل لو مات الصبي قام بها، فلذلك بطلت.

فإن كان لها في الحال من يقبلها، مثل أن يقول: قد أوصيت إلى فلان حتى يبلغ ولدي، فإذا بلغ فهو وصي: جاز، ولا يجوز مثل ذلك في الوكالة.

والفرق بينهما: أن عقد الوكالة معجل، فلم يصح بحدوث شرط مؤجل، وعقد الوصية مؤجل فجاز أن يصح بحدوث شرط مؤجل.

فصل: وأما الشرط الثاني: وهو العقل، فلأن الجنون يرفع القلم، ويمنع من جواز التصرف.

فإن كان ممن يجن في زمان ويفيق في زمان: فالوصية إليه باطلة، وسواء قل زمان جنونه أو كثر.

فلو أوصى إلى عاقل حتى إذا أفاق هذا المجنون كان وصياً له، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز كالصبي إذا بلغ.

والثاني: لا يجوز، لأن بلوغ الصبي لازم، وإفاقة المجنون مجوزة فلو أوصى إلى عاقل، وطرأ عليه جنون فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستديم به، فالوصية إليه باطلة.

والثاني: أن يفيق منه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يطرأ الجنون بعد موت الموصي، فالوصية إليه قد بطلت كالوكالة، والوكالة تبطل بحدوث الجنون فكذلك الوصية.

والثاني: أن يكون حدوث الجنون والإفاقة في حياة الموصي ففي بطلان الوصية إليه وجهان:

أحدهما: قد بطلت كما تبطل بحدوث ذلك بعد موت الموصي.

والثاني: لا تبطل؛ لأنه ممنوع من التصرف في حياة الموصي فلم يجز أن يكون ممنوعاً بحدوث الجنون، وليس كذلك حاله بعد الموت.

فصل: وأما الشرط الثالث: وهو الحرية، فلأن العبد مولى عليه الرق، فلم يصح أن يكون والياً، ولأنه ممنوع لحق السيد، فلم يقدر على التصرف، وسواء كان عبد نفسه، أو عبد غيره.

وقال مالك: تجوز الوصية إلى عبد نفسه وعبد غيره.

وقال أبو حنيفة: تجوز إلى عبد نفسه إذا كان ولده أصاغر، ولا تجوز إلى عبد غيره، ولا إذا كان ولده أكابر تعليلاً بأن عبده مع أصاغر ولده محتبس الرقبة ممنوع من بيعه، فصح نظره عليهم، ودامت ولايته إلى بلوغهم. وهذا التعليل فاسد من وجهين:

أحدهما: أن احتباس رقبته عليهم والمنع من بيعه في حقهم: لا يصح، لأنهم لو احتاجوا إلى نفقة لا يجدونها إلا من ثمنه جاز للحاكم بيعه في نفقاتهم.

والثاني: أن احتباس الرقبة لا يجيز من التصرف ما كان ممنوعاً منه، كالمجنون ولما ذكرناه من المعنيين المتقدمين. فأما المكاتب: فلا تجوز الوصية إليه، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وجوزها أبو حنيفة.

وأما الوصية إلى المدبر، وأم الولد: ففي جوازها وجهان:

أحدهما: تصح، لأنهما يعتقان بالموت الذي يكون تصرفها بعده.

والثاني: لا يصح اعتباراً بحالها عند الوصية.

فصل: وأما الشرط الرابع: وهو الإسلام لقوله تعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التّوبَة: ١٠]. ولقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّواْ مَا عَنِتُّمْ﴾ [آل عِمرَان: ١١٨].

وهذا الآية كتب بها عمر إلى أبي موسى رضي الله عنهما حين اتخذ كاتباً نصرانياً، وقال أبو حنيفة: الوصية إليه موقوفة على فسخ الحاكم، فإن تصرف قبل أن يفسخها الحاكم عليه: كان تصرفه نافذاً.

وهذا فاسد؛ لأنه لا يخلو أن تكون الوصية إليه جائزة، فلا يجوز للحاكم أن يفسخها عليه، أو تكون باطلة فلا يجوز فيها تصرفه.

وإذا كان هكذا وجب أن يكون تصرفه فيما يتعلق بعقد أو اجتهاد مردوداً فأما ما تعين من دين قضاه، أو وصية بمعين لمعين دفعها فلا يضمنها، لوصول ذلك إلى مستحقه، ولأنه لو أخذه مستحقه من غير نائب أو وسيط صار إلى حقه، وليس كالذي يعقده من بيع، أو يجتهد فيه من تفريق ثلث بل ذلك كله مردود وهو لما دفعه من ذلك ضامن.

فأما وصية الكافر إلى المسلم فجائزة لظهور أمانته فيها.

وأما وصية الكافر إلى الكافر ففيها وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة تجوز كما يجوز أن يكون الكافر ولياً لكافر.

والثاني: لا تجوز، كما لا يجوز أن تقبل شهادة الكافر لكافر ولا مسلم، فهكذا لا يجوز أن يكون الكافر وصياً لكافر ولا مسلم.

فصل: وأما الشرط الخامس: وهو العدالة: فلقوله تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًاۚ لَّا يَسْتَوُۥنَ ﴿١٨﴾﴾ [السَّجدَة: ١٨].

فكان منع المساواة بينهم، موصياً لمنع المساواة في أحكامهم، ولأنه لما منعه الفسق من الولاية على أولاده، كان أولى أن يمنعه من الولاية على أولاد غيره. وقال أبو حنيفة: الوصية إليه موقوفة على فسخ الحاكم، يمضي فيها تصرفه قبل فسخها عليه، كما قال في الكافر، وفيما مضى من الكافر دليل عليه في الفاسق. فإن قيل: فهلا جازت الوصية إليه كما جازت الوكالة له؟ قيل له: ، لأن الوكالة تصرف في حق الأذن، والوصية تصرف في حق غيره فعلى هذا: لو أن رجلاً أذن لوكيله في التوكيل، فوكل الوكيل فاسقاً. ففي جواز وكالته وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأنه تصرف في حق الغير، فأشبه الوصية.

والثاني: يجوز، لأنه يقوم مقام الوكيل الأول الذي ليس من شرطه العدالة. فإذا ثبت أن العدالة شرط في صحة الوصية، فقد اختلف أصحابنا في الوقت الذي يراعى فيه عدالة الوصي على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يراعى عدالته عند موت الموصي، ولا يضر أن يكون فاسقاً عند عقد الوصية كما تراعى عدالة الشاهد عند الآداء دون التحمل. وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والثاني: أنه يراعى عدالة الموصي في الطرفين عند الوصية وعند الموت، ولا يضر أن يكون بين الوصية والموت غير عدل، لأن وقت الوصية هو حال التقليد، ووقت الموت هو حال التصرف، فاعتبر فيهما العدالة، ولم يعتبر في غيرهما، وهذا قول أبي سعيد الإصطخري.

والثالث: وهو أصحهما أنه تعتبر عدالته من حين الوصية إلى ما بعد، لأن كل زمان منه قد يستحق فيه التصرف لو حدث فيه الموت، فإن طرأ عليه في شيء منه فسق، بطلت الوصية إليه.

فصل: فإذا تكاملت هذه الشروط الخمسة في شخص، كان موضعاً للوصية إليه، فجاز أن يكون وصياً في مال أو على أطفال، سواء كان رجلاً أو امرأة. وحكي عن عطاء: أن الوصية إلى المرأة لا تصح، لأن فيها ولاية يعجز النساء عنها.

وهذا فاسد: ، لأنها وإن كانت ولاية فالمغلب فيها الأمانة وجواز الشهادة وقد تجوز شهادة المرأة، ولأن النبي ﷺ قال لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1].

---

(١) تقدم تخريجه في «الزكاة».

فجعلها القيمة على أولادها في النفقة عليهم، ولأن النبي ﷺ خرج في بعض المغازي، فأودع أموالاً كانت عند أم أيمن رضي الله عنها فدل ذلك على جواز استنابة المرأة في المال وعلى الأطفال، فكان لها الحضانة عليهم، وإن كان فيها معنى الولاية.

فإذا ثبت أن لا فرق بين الرجل والمرأة، فلا فرق بين الصحيح والمريض إذا لم يغيره المرض عن فضل النظر.

ولكن اختلف أصحابنا في جواز الوصية إلى الأعمى على وجهين:

أحدهما: تجوز، لأنه من أهل الشهادة.

والوجه الثاني: لا تجوز لأنه قد يفتقر في الوصايا إلى عقود لا يصح من الأعمى، وفضل نظر لا يدرك إلا بالمعاينة.

فهذا حكم الوصي.

فصل: فأما الموصي: فلا يخلو ماله من أحد أمرين: إما أن يكون مالاً، أو ولاية على أطفال.

فإن كان الموصى به مالاً يفرق في أهل الوصايا، فالمعتبر في الموصي شرطان متفق عليهما. وشرطان مختلف فيهما، فأحد الشرطين المتفق عليهما: التمييز. فإن كان ممن لا يميز لصغر أو جنون، لم تصح وصيته.

والثاني: الحرية، فإن كان عبداً لم تصح وصيته.

وأما الشرطان المختلف فيهما: فأحدهما البلوغ. والثاني: الرشد وفيهما قولان:

أحدهما: أنهما شرطان، فلا تصح وصية غير بالغ ولا سفيه.

والثاني: ليسا بشرط في جواز الوصية وتصح من غير البالغ والسفيه، ولكن لا فرق بين وصية المسلم والكافر، والعدل والفاسق، والرجل والمرأة.

فصل: وإن كانت الوصية بالولاية على أطفال اعتبر في الموصي بها ستة شروط، ولا تصح الوصية منه إلا بها:

أحدها: جريان القلم عليه وصحة التكليف له، لأن من لا يجري عليه قلم بجنون أو صغر، لا تكون له ولاية، ولا يصح منه تولية.

والثاني: الحرية، لأن الولاية تنافي الرق.

والثالث: الإسلام في الطفل إذا كان مسلماً، وفي اعتباره في الطفل إذا كان مشتركاً وجهان.

والرابع: العدالة، لأن الفاسق ليس له ولاية، فكان أولى أن لا تصح منه تولية.

والخامس: أن يكون ممن يلي على الطفل في حياته بنفسه، ولأنه يقيم الوصية مقام نفسه، فلم تصح إلا ممن قد استحق الولاية بنفسه، وذلك في الوالدين دون

غيرهم من الأخوة والأعمام.

وقال أبو حنيفة: تصح الوصية بالولاية على الأطفال من غير الآباء، كما تصح من الآباء.

وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن في الوالد بعضية باين بها غيره.

والثاني: أن للوالد في حياته ولاية لا يستحقها غيره، فمن هذين الوجهين اختصت الوصية بالآباء دون غيرهم.

وإذا كان هكذا، فالذي يستحق الولاية في حياته، ويوصي بها عند وفاته هو الأب وآباؤه، فأما الأم ففي ولايتها على صغار ولدها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه لها عليهم ولاية كالأب، لما فيها من البعضية، وأنها برأفة الأنوثة، أحن عليهم وأشفق.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، لا ولاية لها، لأنها لما قصرت بنقص الأنوثة عن ولاية النكاح التي تسري في جميع العصبات، كان أولى أن تقصر عما يختص من الولاية بالآباء دون سائر العصبات.

فعلى هذا: إن قيل إنه لا ولاية لها: لم تصح منها الوصية بالولاية على أطفالها. وإذا قيل: إن لها الولاية بنفسها، فكذلك أمهاتها وأمهات الأب. وهل يستحقها أبو الأم؟ على وجهين:

أحدهما: يستحقها كأم الأم لما فيه من الولادة أنه أحق بالولاية على الأم من أمها.

والثاني: لا ولاية له، لأن سقوط ميراثه قد حطه من منزلة أم الأم.

فعلى هذا يكون بعد الآباء للأم. فإذا اجتمع بعد الأم، أم أب وأم أم ففي أحقيتهما بالولاية وجهان:

أحدهما: أم الأب، لأن الأب بالولاية أحق.

والثاني: أم الأم، لأنها بالحضانة أحق.

فإذا أوصيت مستحقه الولاية من الأمهات، بالولاية على الأطفال: صحت الوصية.

والسادس: أن لا يكون للطفل من يستحق الولاية بنفسه، لأن مستحق الولاية بنفسه، أولى من مستحقها بغيره، فعلى هذا لو أوصى الأب بالولاية على أطفال وهناك جد: كانت الوصية باطلة. وقال أبو حنيفة: لا اعتبار بهذا الشرط، ويجوز للأب أن يوصي بالولاية على أطفاله إلى أجنبي وهناك جد، كما يجوز في إنفاذ الوصايا.

وهذا غير صحيح، لأن الوصايا لا يستحقها الجد بنفسه وليس كالولاية على الأطفال، لأن الجد يستحقها بنفسه، فكان أحق من الموصي.

فلو أوصى الأب بها وهناك أم، فإن قيل: إنه لا ولاية للأم: صحت الوصية إلى

غيرها. وإن قيل لها: تصح ولكن يجوز أن يوصي بتفريق ثلثه إلى من شاء مع وجود الآباء، فهذا حكم الموصي.

فصل: وأما الموصى به، فإن كان مالاً، فقد تقدم ذكره، واستقصينا شرحه. وإن كان ولاية: فلا تصح إلا على صغير لم يبلغ، أو مجنون لا يفيق، وأما إن كان الابن بالغاً عاقلاً: لم تصح الوصية بالنظر في ماله، سواء كان حاضراً أو غائباً.

وقال أبو حنيفة: تصح الوصية بالولاية على مال البالغ إذا كان غائباً، وهكذا إذا كان حاضراً وشريكه في الميراث طفل. ويجوز للوصي أن يبيع على الكبير ماله إذا رأى بيع مال الطفل.

وقال أبو سعيد الإصطخري: هذا قول لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو أن حاكماً حكم به، نقض حكمه؛ لأنه لما لم يكن للموصي ولاية على البالغ في حياته، فكيف يجوز لوصيه بعد وفاته.

وأما إذا كان الابن بالغاً عاقلاً لكن قد حجر عليه بسفه، فلا يصح من الأب أن يوصي بالولاية عليه بخلاف المجنون، لأن ولايته على المجنون بنفسه، لأنها لا تقتصر إلى حكم حاكم، وولايته على صغير لا تكون بنفسه، لأنها تفتقر إلى حكم حاكم، والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُهُ أُخْرِجَتْ الوَصِيَّةَ مِنْ يَدِهِ وَضُمَّ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ ضَعِيفاً أَمِينٌ مَعَهُ فَإِنْ أَوْصَى إِلَى غَيْرِ ثِقَةٍ فَقَدْ أَخْطَأَ عَلَى غَيْرِهِ فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا تغير حال الوصي بعد استكمال الشروط فيه، فذلك ضربان:

أحدهما: ما خرج به من الوصية.

والثاني: ما عجز به عنها.

فأما الذي يخرج به من الوصية: فالطارىء عليه من جنون أو فسق أم مرض يؤثر في صحة تدبيره وفضل نظره، فهذه أمور يخرج به من الوصية. وقال أبو حنيفة: طرؤ الفسق لا يخرجه من الوصية، كما أن فسق من حكم بشهادته لا يوجب نقص الحكم بها، ولكن يضم إليه بعد فسقه عدل.

وهذا القول لا وجه له؛ لأنه لما كان الفسق مانعاً من ابتداء الوصية كان مانعاً من استدامتها، كالكفر، وإذا كان كذا صار طرؤ الفسق كغيره من الأسباب المانعة فيلزم الحاكم معها إخراجها عن يده، واختيار من يقوم بها من أمنائه.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٣).

فإن تصرف الوصي في المال بعد خروجه منها بأحد هذه الأسباب نظر، فإن كان عقداً، أو ما يفتقر إلى اجتهاد، رد وكان له ضامناً إن مات.

وإن كان معيناً من وصية أو دين لا يفتقر إلى اجتهاد: أمضى، ولم يضمنه.

وأما العجز عنها، فالضعف الذي يقدر معه على القيام بها، فهذا مقر على حاله، ولكن على الحاكم أن يضم إليه من أمنائه، من يعنيه على إنفاذ الوصايا، والولاية على الأطفال.

فلو تفرد هذا الوصي قبل أن يضم الحاكم إليه أميناً، فتصرف في الوصية: أمضى، ولم يضمنه، لأنه ما انفرد به إلا وهو قادر عليه.

وهكذا: لو ابتدىء بالوصية إلى غير أمين: أخرجها الحاكم من يده ولو أوصى إلى ضعيف: ضم إليه غيره من أبنائه، فإن قيل، فهل يلزم الحاكم أن يستكشف عن الأوصياء، وولاة الأيتام أم لا؟

قلنا هذا على ضربين:

أحدهما: يكون فيمن يلي بنفسه من أب، أو جد، فليس للحاكم أن يستكشف عن حاله، وعليه إقراره على ولايته ونظره حتى يثبت عنده، ما يوجب زوال نظره، من فسق أو خيانة، فيعزله حينئذٍ ويولي غيره، لأن الوالي بنفسه أقوى نظراً من الحاكم.

والثاني: أن تكون ولايته بغيره، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون أمين حاكم.

والثاني: أن يكون وصي أب.

فإن كان أمين الحاكم، لم يجب أن يستكشف عن حاله، إلا أن يثبت عنده خيانته، أو فسقه؛ لأن ما ولاه الحاكم، قد اعتبر من حاله ما صحت به ولايته.

وإن كان وصي أب، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: لا يجوز استكشاف حاله، إلا بعد ثبوت فسقه، كالأب وأمين الحاكم.

والثاني: وهو الأصح عندي، أن على الحاكم استكشاف حاله؛ لأنه لم ينفذ بولايته حكم، ولا هو مما تنتفي عنه التهمة، كالأب، وقد يجوز أن يكون بوصف من لا يستحق النظر، فافتقر إلى الكشف.

فصل: وإذا دفع الوصي من ماله للفقراء وصاياهم ليرجع به في التركة، وكان متطوعاً بما دفعه إليهم، وليس له الرجوع به في التركة ما لم يحكم بذلك قبل الدفع حاكم.

وقال أبو حنيفة: إذا عجل ذلك من ماله، ناوياً به الرجوع رجع به. وهذا قول ينكسر عليه، بقضاء دين الحي إذا عجله الوكيل من ماله، لم يرجع به في مال موكله، فكذلك الوصي.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَوْصَى إِلَى رَجُلَيْنِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَغَيَّرَ أُبْدِلَ مَكَانَهُ آخَرُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح: يجوز للرجل أن يوصي إلى واحد أو إلى جماعة على الاجتماع والانفراد. ويجوز أن يوصي إلى زيد ويجعل عمراً عليه مشرفاً، فيختص الوصي بالعقد والتنفيذ، ويختص عمرو بالإشراف عليه.

فإذا أراد الوصي أن ينفرد بالعقد والتنفيذ من غير مطالعة المشرف: لم يجز وإن أراد المشرف أن يتولى العقد والتنفيذ لم يجز.

وقال أبو حنيفة: المشرف وصي يجوز أن يفعل ما يفعله الوصي، لأنها ولاية، فلم تقف على شيء دون غيره.

وهذا خطأ، لأن الوصية نيابة عن إذن فكانت مقصورة على ما تضمنه الإذن كالوكالة، وهو لم يجعل إلى المشرف مباشرة عقد أو تنفيذ أمر، وإنما جعله مشرفاً على الوصي في العقد والتنفيذ.

فصل: فأما إذا أوصى إلى رجلين جعلهما جميعاً وصيين فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يخص كل واحد منهما بشيء من وصيته، دون صاحبه.

والثاني: أن يشرك بينهما.

فأما إن خص كل واحد منهما بشيء منهما، مثل أن يجعل إلى أحدهما إنفاذ وصاياه، وإلى الآخر الولاية على أطفاله، أو يجعل إلى أحدهما إخراج الثلث، وإلى الآخر قضاء الديون: فولاية كل واحد منهما مقصورة على ما جعل إليه، وليس له التصرف فيما جعل إلى الآخر، فللموصى له بإنفاذ الوصايا لا ولاية له على الأطفال، والموصى له بالولاية على الأطفال، لا ولاية له في إنفاذ الوصايا.

وقال أبو حنيفة: النظر في الوصية، لا يتميز، ولكل واحد منهما النظر في الجميع بما جعل إليه وإلى الآخر، فالوالي على الأطفال إليه إنفاذ الوصايا والوالي على إنفاذ الوصايا، إليه الولاية استدلالاً، بأنها ولاية فلم تقف على شيء دون غيره، كولاية الحاكم.

وهذا فاسد، لأن الوصية ولاية عن عقد فوجب أن تكون مقصورة على ما تضمنه ذلك العقد كالوكالة، ولأنه لو جمع بينهما في الكل لما جاز أن ينفرد أحدهما بالنظر في الكل، فإذا خص أحدهما بالبعض، فأولى لا يجوز له النظر في الكل، ولأن من اؤتمن على بعض المال، لم يملك بذلك ثبوت اليد على جميعه، كالمودع والمضارب.

فصل: فإذا جمع بينهما في الوصية، ولم يخص أحدهما بشيء منها دون صاحبه

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٣).

فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يوصي إليهما مجتمعين، ومنفردين، فكل واحد منهما وصي كامل النظر، فأيهما انفرد بإنفاذ الوصايا، والنظر في أمور الأطفال جاز.

وإن اجتمعا عليه كان أولى، وإن مات أحدهما، أو فسق، فالباقي منهما هو الوصي، وليس للحاكم أن يجعل معه بدل الميت أو الفاسق أحداً إلا أن يظهر منه ضعف فيقويه بغيره.

فصل: والقسم الثاني: أن يوصي إليهما مجتمعين على أن لا ينفرد أحدهما: بالنظر دون صاحبه، فعليهما الاجتماع في إنفاذ الوصايا والنظر في أموال الأطفال.

فإن انفرد أحدهما بشيء منهما، لم يجز وكان لما أمضاه من ذلك ضامناً إن تعلق بعقد، أو اجتهاد، وإن كان معيناً من قضاء دين أو إنفاذ وصية عينت لمعين: لم يضمن. ولو مات أحدهما منع الباقي منهما من النظر حتى يقيم الحاكم مقام الميت غيره.

فلو أذن الحاكم أن ينفرد بالوصية: لم يجز، لأن الموصي لم يرض بنظره وحده. ولو ماتا جميعاً رد الحاكم الوصية إلى اثنين، فإن ردها إلى واحد ارتضاه لها ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأنه لو نظر فيها الحاكم بنفسه، جاز وإن كان واحداً فكذلك إذا استناب فيها واحداً.

والثاني: أنه لا يجوز، لأن الموصي لم يرض في وصاياه إلا بنظر اثنين مجتمعين استظهاراً لنفسه في وصيته فلم يكن للحاكم أن يحالفه في إرادته ويمنعه فضل استظهاره، وليس كالحاكم الناظر بنفسه.

فصل: والقسم الثالث: أن يوصي إليهما، فلا يأمرهما بالاجتماع، ولا يأذن لهما في الانفراد، فمذهب الشافعي: عليهما أن يجتمعا على الوصية إذا أطلقت وليس لواحد منهما التفرد بها، كما لو أمرهما بالاجتماع عليهما.

وقال أبو يوسف: يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بها.

وقال أبو حنيفة: يجوز انفراد كل واحد بما يخاف فواته، أو ضرره، وذلك ستة أشياء: الكفن، ورد الودائع، وقضاء الديون، وإنفاذ الوصايا المعينة، والنفقة على الأطفال، وكسوتهم، وعليها الاجتماع فيما سوى هذه الستة، فإن انفرد بها أحدهما لم يجز.

وكلا المذهبين فاسد، لأن الوصايا موضوعة لفضل الاحتياط، وهي أغلظ حالاً من الوكالات، فلما كان توكيل اثنين على الإطلاق من تفرد أحدهما بالوكالة، كانت الوصية إلى اثنين على الإطلاق أولى أن يمنع من تفرد أحدهما بالوصية، ولأن تخصيص أبي حنيفة للستة من بين الجميع خوف الضرر، قول يفسد، لأنه لو ترك طعاماً رطباً يخاف تلفه إن ترك لم يكن لأحدهما أن ينفرد ببيعه وإن خيف ضرره، فكذلك غيره، فعلى هذا:

يكون حكم إطلاق الوصية إليهما، كالحاكم في اجتماعهما عليها، فإن مات أحدهما أو فسق، أبدل الحاكم مكانه غيره، فإن تفرد الباقي منهما بالنظر: ضمن متعلق بعقد أو اجتهاد، والله أعلم.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ اخْتَلَفَا قُسِّمَ بَيْنَهُمَا مَا كَانَ يَنْقَسِمُ وَجُعِلَ فِي أَيْدِيهِمَا نِصْفَيْنِ وَأُمِرَ بِالاحْتِفَاظِ بِمَا لَا يَنْقَسِمُ».

قال في الحاوي: اعلم أن الوصية إلى مقصودها، فضل النظر، فإذا دعي الوصيان إلى قسم المال بينهما، نظر، فإن كان الموصي قد صرح بمنعها منه، منعاً. وإن كان قد صرح لهما بالإذن فيه، مكنا. وإن أطلق نظر في القسمة، فإن أضرت بالمال أو كان مما لا تتأتى فيه القسمة، منعا منها، ولم يجز إذا كانا مجتمعين إن ينفرد أحدهما بحفظ المال دون صاحبه، كما لا يجوز أن ينفرد بإنفاذ الوصايا.

وقال أبو حنيفة: تقع بينهما المهايأة، فيحفظ هذا يوماً، وهذا يوماً. وهذا فاسد؛ لأن المهايأة تقتضي انفراد أحدهما بالحفظ في زمانه ولو جاز هذا، لجاز تفرده به في كل الزمان، لأن من لا يرتضي بانفراده في جميع الزمان، لا يرتضي بانفراده في بعضه.

فصل: فأما إذا لم يكن في القسمة ضرر، ولا كان بين الموصي فيها نهي نظر: فإن كانا منفردين، قد جعل إلى كل واحد منهما مثل ما إلى الآخر: جاز أن يقتسما المال إلا أنها قسمة حفظ، وليست قسمة مناقلة، فيقتسمان على القيم، لا على الأجزاء؛ لأن قسمة المناقلة تكون بين الورثة على الأجزاء، وقسمة الحفاظ تختص بالأوصياء، وتكون على القيمة، فيأخذ أحدهما داراً، والآخر متاعاً، ثم لكل واحد منهما بعد القسمة أن ينصرف فيما بيده، وفيما بيد صاحبه، لأن لكل واحد منهما أن ينفرد بالنظر في الجميع.

وإن كانت الوصية إليهما مجتمعين وليس لأحدهما التفرد بالنظر، ففي جواز اقتسام المال حفاظاً له، وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، والأظهر عندي، ليس لهما ذلك كما ليس لهما التفرد بالإنفاذ.

والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري، وأبي علي بن أبي هريرة، لهما القسمة، لأن اقتسامهما المال أعون لهما على حفظه، وإنما الاجتماع على التنفيذ فإذا اقتسما: لم يكن لواحد منهما أن يصرف فيما بيده إلا مع اجتماع صاحبه.

فصل: وإذا أوصى الرجل بوصية أسندها إلى رجل ثم أوصى بعدها بوصية أخرى، أسندها إلى رجل آخر، فإن صرح في الثانية بالرجوع عن الأولى، فالوصية الثانية هي المعمول عليها، وإن لم يصرح في الثانية بالرجوع عن الأولى، عمل عليهما معاً، فما كان

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٣).

في الوصية الأولى من زيادة تفرد بها الوصي الأول، وما كان في الوصية الثانية من زيادة، تفرد بها الوصي الثاني وما اتفقت فيه الوصيتان اجتمعا عليه الوصيان، ولم يكن لأحدهما التفرد به، كما لو أوصى إليهما معاً وصية مطلقة.

ولو أوصى إلى رجل بوصية ثم صح بعدها من مرضه ذلك وعاش دهراً، ثم مات، أمضيت وصيته المتقدمة، ما لم يعلم منه الرجوع في شيء منها.

ولكن لو قال: قد أوصيت إلى فلان بكذا إن مت من مرضي هذا، فصح منه: بطلت وصيته، لأنه جعلها مشروطة بموته من هذا المرض.

وقال مالك: الوصية بحالها، ما لم يخرق الموصي كتاب وصيته.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُوصِي بِمَا أَوْصَى بِهِ إِلَيْهِ لأَنَّ المَيت لَمْ يَرْضَ المُوصَى إِلَيْهِ الآخَرَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال.

إذا أوصى إلى رجل بإنفاذ وصاياه، والولاية على الأطفال، ثم حضرت الوصي الوفاة، لم يكن له أن يوصي بتلك الوصية إلى غيره.

وقال أبو حنيفة: «إن أوصى بها إلى غيره جاز، ولو أوصى بإخراج ثلثه كان لوصيه القيام بتلك الوصية، وإن لم يأمره بها استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن الوصي قد ملك من النظر بالوصية مثل ما ملك الجد من النظر بنفسه، فلما جاز للجد أن يوصي بما إليه من النظر، جاز للموصي أن يوصي إليه بما إليه من النظر.

والثاني: أن ولاية الوصي عامة في حق الموصي، كما أن ولاية الإمام عامة في حقوق الأمة، فلما كان للإمام أن يستخلف بعده من يقوم مقامه: جاز للوصي أن يستخلف بعده من يقوم مقامه.

ودليلنا شيئان:

أحدهما: أن من كانت نيابته عن عقد بطل بالموت كالوكيل.

والثاني: أن استنابته حياً، أقوى من استنابته ميتاً، فلما لم يصح منه إبدال نفسه بغيره في الحياة، فأولى أن لا يصح منه إبدال نفسه بغير الوفاة. فأما الجد: فولايته بنفسه فجاز أن يوصي، كالأب، وليس كذلك الوصي، لأن ولايته بغيره فلم يجز أن يوصي كالحاكم، على أن نظر الحاكم أقوى لعمومه. وأما الإمام: فيجوز أن يستخلف بعده إماماً ينظر فيما كان إليه من أمور المسلمين، كما فعل أبو بكر في استخلاف عمر رضوان الله عليهما، لأنه عام بالولاية، وليس لغيره معه ما إليه، فجاز أن يختص لفضل نظره

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٤).

بالاستخلاف كما لم يبطل بموته ولاية خلفائه من القضاة والولاة. ومن كان خاص النظر بطل موته ولاية خلفائه كالقضاة والولاة. على أن من أصحابنا من جعل صحة استخلاف الإمام بعده لإمام، معتبراً برضى أهل الحل والعقد ورضاهم أن يعلموا به فلا ينكروه، كما علمت الصحابة باستخلاف عمر رضي الله عنه فجعل إمساكهم عن الإنكار، رضا به انعقدت به الإمامة له. فعلى هذا الوجه: لو استخلف إماماً بعده، ولم يعلم به أحد من أهل الحل والعقد: لم يصح استخلافه، ولم تنعقد إمامته، إلا أن يجمع عليه ويرضى بعد موت الأول ممن يصح اختياره من أهل الحل والعقد.

وعلى الوجه الأول: قد انعقدت إمامته، وإن لم يعلموا به عند العهد، ولم يتفق عليه أهل الاختيار بعد الموت إذا كان ممن يصح أن يكون إماماً، وإذا كان كذلك، فالولايات تنقسم ثلاثة أقسام:

ولاية حكم، وولاية عقد، وولاية نسب.

فأما ولاية الحكم فضربان: عامة، وخاصة، فالعامة: الإمامة، ولا تبطل بموت من يقلدها، ولاية مستخلف ولا نظر مستناب.

وأما الخاصة: فالقضاء، ويبطل بموت من يقلده ولاية، لمستخلف ونظر كل مستناب.

وأما ولاية العقد: فضربان: عقد يتضمن نيابة عن حي، وعقد يتضمن نيابة عن ميت.

فالذي يتضمن النيابة عن الحي هو: الوكالة، فإن مات الموكل؛ بطلت وإن مات الوكيل: لو تكن له الوصية.

والذي يتضمن النيابة عن الميت هو: الوصية، فإذا مات الموصي، استقرت ولاية الوصي، وإن مات الوصي: لم يكن له أن يوصي.

وأما ولاية النسب: فضربان: عامة وخاصة.

فالعامة: ولاية الأب والجد على صغار ولده، وتصح منه عند الموت الوصية.

والخاصة: ولاية العصبات في الأبضاع، ولا تصح فيه عند الموت الوصية.

فصل: فإذا ثبت أنه لا يجوز للوصي أن يوصي لم يخل ما تولاه من أمرين:

أحدهما: أن يتمكن من تعجيل إنفاذه، فواجب عليه أن يتولاه بنفسه إن لم يكن راجعاً عن الوصية، لأن إمكان تنفيذها مع ضيق وقتها، والمقام على النظر فيها، يمنع من تأخيرها.

والثاني: أن لا يمكن تعجيل إنفاذه، لما تتضمنها من الولاية على يتيم يلزمه حفظ ماله، أو قضاء دين لغائب، فلا يخلو حال المال من أحد أمرين:

إما أن يكون ممن يحفظ نفسه، كالعقار، فليس عليه في مثله عند حضور الموت حق؛ لأن الموت يرفع يده عن النظر، لا عن الحفظ.

والثاني: أن يكون ممن لا يحفظ نفسه، كالأموال المنقولة، فعليه حقان: الحفظ، والنظر، فيلزمه عند زوال نظره بالموت أن يستديم حفظه، بتسليمه إلى من يعم نظره، وهو الحاكم، فإن لم يفعل مع المكنة كان ضامناً.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ فَإِنْ حَدَثَ بِوَصِيٍّ حَدَثٌ فَقَدْ أَوْصَيْتُ إِلَى مَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ لَمْ يَجْزِ لأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى بِمَالِ غَيْرِهِ، وَقَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا قَالَ قَدْ أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ بِتَرْكِهِ فُلَانٍ. قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَوْلُهُ هَذَا يُوَافِقُ قَوْلَ الكُوفِيِّينَ وَالمَدَنِيِّينَ وَالَّذِي قَبْلَهُ أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أنه لا يجوز للموصي أن يوصي، إذا لم يجعل له الموصي أن يوصي.

فأما إذا جعل إليه أن يوصي، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعين إليه من يوصي.

والثاني: أن لا يعين.

فإن عين له من يوصي إليه، فهو أن يقول: قد أوصيت إليك وجعلت لك أن توصي إلى عمرو، وسواء قال: فإذا أوصيت فهو وصي أو لم يقل، فهذا جائز؛ لأنه قد أذن له في الوصية، وقطع اجتهاده في الاختيار، فجرى ذلك مجرى قوله: قد أوصيت إليك، فإن مت: فقد أوصيت إلى عمرو. ولا يقع الفرق بينهما إلا من وجه واحد، وهو أنه إذا قال: إن مت فقد أوصيت إلى عمرو، فإنه يصير عمرو بموت الوصي وصياً لا يحتاج إلى وصية من جهة الوصي.

ولو قال: وقد جعلت إليك أن توصي إلى عمرو: لم يصر عمرو وصياً إلا بوصية الوصي، فإذا أوصى إليه صار عمرو وصياً للميت الأول لا للوصي. فلو مات الوصي قبل أن يوصي إلى عمرو: لم تثبت وصية عمرو إلا أن يردها الحاكم إليه. فلو أراد الحاكم رد الوصية إلى غيره ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك، لأن الموصي قد قطع الاجتهاد في تعيينه، كما لا يجوز للوصي أن يوصي إلى غيره.

والثاني: أنه يجوز له ذلك، لأن تعيين الوصية إليه إنما جعل إلى الوصي، فإذا مات قبل أن يوصي، بطل حكم تلك الوصية، فصار نظر الحاكم فيها، نظر حكم، لا نظر وصي، فجاز أن يختار من يراه للنظر أوفق.

وهكذا لو قال الموصي، قد أوصيت إلى زيد، فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو، فإن مات فقد أوصيت إلى بكر: جاز وكان كل واحد من الثلاثة وصياً بعد موت من

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٤).

تقدمه، فقد جهز رسول الله ﷺ جيش مؤتة، وقال لهم: «أميركم زيد بن حارثة، فإن أصيب: فجعفر بن أبي طالب، فإن أصيب: فعبد الله بن رواحة، فإن أصيب: فليرتض المسلمون رجلاً»(١).

فأصيب زيد فقام بهم جعفر، ثم أصيب جعفر، فقام بهم عبد الله بن رواحة، ثم أصيب عبد الله فارتضى المسلمون خالد بن الوليد. فلو قال: قد أوصيت إلى زيد سنة، ثم بعد السنة إلى عمرو: كان هذا جائزاً، وقيل: إن الشافعي رضي الله عنه هكذا أوصى.

فصل: فأما إذا جعل إلى وصيه أن يوصي، ولم يعين له من يوصي إليه، فهو أن يقول: جعلت إليك أن توصي، أو يقول: من أوصيت إليه فهو وصي، فالحكم فيه على سواء وفي جوازه قولان:

أحدهما: وهو قول أبي حنيفة، ومالك، يجوز لأمرين:

أحدهما: أن نظر الوصي، أقوى من نظر الوكيل، فلما جاز للوكيل إذا أذن له في التوكيل أن يوكل عنه معيناً، وغير معين، كان أولى في الوصي إذا أذن له في الوصية أن يوصي عنه إلى معين، وغير معين.

والثاني: أن الوصي بالإذن قد صار كالأب، فلما جاز للأب أن يوصي جاز للموصي مع الإذن أن يوصي.

والقول الثاني: وهو اختيار المزني أنه لا يجوز للوصي مع عدم التعيين أن يوصي وإن أذن له، لأمرين:

أحدهما: أن الوصي لا يملك الاختيار بالوصية المطلقة، فكذلك لا يملك بالوصية المقيدة.

والثاني: أن اختيار الحاكم، أقوى من اختيار الموصي، لأن له الاختيار بإذن وغير إذن، فكذلك كان اختيار الحاكم أولى من اختيار الوصي، والله أعلم.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا وِلَايَةَ لِلْوَصِيِّ فِي إِنْكَاحِ بَنَاتِ المَيِّتِ».

قال في الحاوي: اعلم أن ولاية الوصي على اليتيم كولاية الأب عليه، إلا في ثلاثة أشياء:

أحدها: أن للأب أن يشتري من مال ولده لنفسه، ويبيع عليه من مال نفسه وليس ذلك للوصي.

والثاني: أن للأب أن يوصي بالولاية على ولده، وليس للوصي أن يوصي.

والثالث: أن للأب أن يزوجهم، وليس ذلك للوصي.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٢٦١)، وأحمد (١/ ٢٥٦، ٣٠٤)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٨/ ٣٨٨).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٧٤).

ثم الوصي فيما سوى هذه الثلاثة، كالأب سواء، فلو جعل الأب إلى الوصي ما كان مختصاً به من هذه الثلاثة، ليكون مساوياً له فيها، نظر فإن جعل له أن يشتري من مال الصبي لنفسه، أو يبيع عليه من مال نفسه، لم يجز؛ لأنه إذن بعقد في مال لا يملكه وإن أذن له أن يوصي، فهو على ما مضى من التفصيل.

وإن أذن له في التزويج، فقد أجازه مالك وجعل الوصي أحق من الأولياء، كما كان أحق بالولاية على المال.

ومنع منه الشافعي وأبو حنيفة، وجمهور الفقهاء، لأنها وصية في حق غيره من الأولياء، وستأتي هذه المسألة في كتاب النكاح مستقصاة إن شاء الله تعالى وبالله التوفيق.

باب ما يجوز للوصي أن يصنعه في أموال اليتامى

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيُخْرِجُ الوَصِيُّ مَالَ اليَتِيمِ كُلَّ مَا لَزِمَهُ مِنْ زَكَاةِ مَالِهِ وَجِنَايَتِهِ وَمَا لَا عِنَاءَ بِهِ عَنْهُ مِنْ نَفَقَتِهِ وكُسْوَتِهِ بِالْمَعْرُوفِ».

قال في الحاوي: اعلم أن ولي اليتيم مندوب إلى القيام بمصالحه، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

والذي يلزمه في حق اليتيم، أربعة أشياء:

أحدها: حفظ أصول أمواله.

والثاني: تميز فروعها.

والثالث: الإنفاق عليه منها بالمعروف.

والرابع: إخراج ما تعلق بماله من الحقوق.

فأما حفظ الأصول: فيكون من وجهين:

أحدهما: حفظ الرقاب عن أن تمتد إليها يد، فإن فرط، كان لما تلف منها ضامناً.

والثاني: استيفاء العمارة لئلا يسرع إليها خراب، فإن أهمل عمارتها حتى عطل ضياعه، وتهدم عقاره، نظر: فإن كان لإعوان ما ينفق عليها، فلا ضمان عليه، وإن كان مع وجود النفقة، فقد أثم وفي الضمان وجهان:

أحدهما: يضمن ويصير بهذا العدوان كالغاصب.

والثاني: لا ضمان عليه، لأن خرابها، لم يكن من فعله، فيضمن به، ولا يده غاصبة فيجب بها عليه ضمان.

فصل: وأما تميز فروعه، فلأن النماء مال مقصود، فلم يجز أن يفوته على اليتيم كالأصول، وهو نوعان:

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٤).

أحدهما: ما كان نماؤه أعياناً من ذاته، كالثمار، والنتاج، فعليه في ذلك ما عاد يحفظه وزيادته، كتلقيح النخل، وعلوفه الماشية فإن أخل بعلوفة الماشية: ضمنها وجهاً واحداً، وإن أخل بتلقيح الثمرة: فلا ضمان عليه وجهاً واحداً؛ لأنها إن لم تتميز، فلا يجوز أن يضمن، ما لم يخلق، ولم يستقر عليه لليتيم ملك، وإن خلقت ناقصة: فالنقصان أيضاً مما لم يخلق.

والنوع الثاني: ما كان نماؤه بالعمل.

وذلك نوعان:

أحدهما: تجارة بمال.

والثاني: استغلال العقار.

فأما التجارة بالمال فيعتبر فيها، أربعة شروط، يؤخذ الولي بها في التجارة:

أحدهما: أن يكون ماله ناضاً، فإن كان عقاراً لم يجز بيعه للتجارة.

والثاني: أن يكون الزمان آمناً، فإن كان مخوفاً لم يجز.

والثالث: أن يكون السلطان عادلاً، فإن كان جائزاً، لم يجز.

والرابع: أن تكون المتاجر مربحة، فإن كانت مخسرة: لم يجز.

فإن استكمل هذه الشروط: كان مندوباً إلى التجارة له بالمال، فلو لم يتجر بها: لم يضمن لأمرين:

أحدهما: أنه لم يستقر له ملك على ربح معلوم فيصح ضمانه.

والثاني: أن ربح التجارة بالعقد والمال، تبع، ولذلك جعلنا ربح الغاصب في المال المغصوب له، دون المغصوب منه.

فإن اتجر الولي بالمال مع إخلاله ببعض هذه الشروط: كان ضامناً لما تلف من أصل المال.

وأما استغلال العقار: فإنما يكون بإجارته، فإن تركه عاطلاً لم يؤجره، فقد أثم، في ضمانه لأجرة مثله إذا كان غير معذور في تعطيله، وجهان، لأن منافعه تملك كالأعيان.

فصل: وأما النفقة عليه بالمعروف فلأن في الزيادة سرفاً، وفي التقصير ضرراً، فلزم أن ينفق عليه قصداً بالمعروف من غير سرف، ولا تقصير، وكذلك ينفق على كل من تجب نفقته في ماله من والدين، ومملوكين، ثم يكسوه وإياهم في فصل الصيف، والشتاء، كسوة مثلهم في اليسار والإعسار، ومن أصحابنا من قال: يعتبر بسكوة أبيه، فيكسوه مثلها.

وهذا غير صحيح؛ لأن أباه قد ربما كان مسرفاً، أو مقصراً، فكان اعتبار ذلك في الكسوة في يساره وإعساره عادة وعرفاً، أولى من اعتباره عادة أبيه.

وإنما تعتبر عادة أبيه في صفة الملبوس إن كان تاجراً، كسي كسوة التجار، وإن كان جندياً، كسي كسوة الأجناد، ولا يعدل به عن عادة أبيه حتى يبلغ، ويلي أمر نفسه فيغيرها إن شاء فإن أسرف الولي في الإنفاق عليه: ضمن زيادة السرف وإن قصر به عن العقد: أساء ولم يضمن.

فإن اختلف هو والولي بعد بلوغه في قدر النفقة، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يختلفا في قدر النفقة مع اتفاقهما على المدة، كأنه قال: أنفقت عليك عشر سنين في كل سنة مائة دينار، فقال: أنفقت على عشر سنين في كل سنة خمسين ديناراً.

فالقول فيه قول الولي، إذا لم يكن ما ادعاه سرفاً، فإن كان الولي وصياً، أو أمين حاكم: فله إحلافه على ما ادعاه.

وإن كان أباً، أو جداً، ففي إحلافه له وجهان:

أحدهما: يحلف، كالأجنبي، لأنهما يستويان في حقوق الأموال.

والثاني: لا يحلف، لأنه يفارق الأجنبي في نفي التهمة عنه. وكثرة الإشفاق عليه.

والضرب الثاني: أن يتفقا على قدر النفقة، ويختلفا في قدر المدة، كأنه قال: أنفقت عليك عشر سنين، في كل سنة مائة دينار، فقال: بل أنفقت على خمس سنين، في كل سنة مائة دينار.

فعند أبي سعيد الإصطخري: أن القول قول الولي، كاختلافهم في القدر مع اتفاقهما في المدة.

وقال جمهور أصحابنا: بل القول قول اليتيم مع يمينه.

والفرق بين اختلافهما في القدر، وبين اختلافهما في المدة: أنهما في القدر مختلفان في المال، فقبل منه قول الولي، لأنه مؤتمن عليه وفي المدة مختلفان في الموت الذي يعقبه نظر الولي، فلم يقبل قولي الولي، لأنه غير مؤتمن عليه، مع أننا على يقين من حدوث الموت، في شك من تقدمه، فلذلك افترق الحكم فيهما.

فصل: وأما إخراج ما تعلق بماله من الحقوق، فضربان: حقوق الله تعالى: وحقوق الآدميين.

فأما حقوق الله تعالى فالزكوات، والكفارات.

أما الزكوات: فزكاة الفطر، وأعشار الزروع والثمار، واجبة إجماعاً.

وأما زكاة الأموال: فقد أسقطها أبو حنيفة، ولم يوجبها إلا على بالغ عاقل. وعندنا: تجب بالحرية والإسلام، على كل صغير وكبير، عاقل ومجنون. وقد مضى الكلام معه في كتاب الزكاة.

وإذا وجبت: لزم إخراجها، ولم يجز تأخيرها عن مستحقها، وقال عبد الله بن

مسعود رضي الله عنه: «ليس للولي إخراج الزكاة عنه ويتركها في ماله حتى يبلغ الصبي، فيخرجها عن نفسه.

ودليلنا: ما روي أن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه، ولي مال يتيم، فلما بلغ، سلم إليه المال، فنقص كثيراً: فقالوا له: نقص المال، فقال: احبسوا قدر الزكاة والنقصان، فحبسوا فوافق، فقال: أتراني ألي مالاً ولا أخرج زكاته.

فلو لم يخرجها الولي، لزم اليتيم إذا بلغ أن يخرجها بنفسه، وأما حقوق الآدميين فنوعان:

أحدهما: حق وجب باختيار كالديون، فعلى الولي قضاؤها إذا ثبت وطالب بها أربابها، فإن أبرئوا منها: سقطت وإن أمسكوا عن المطالبة من غير إبراء، نظر في مال اليتيم، فإن كان ناضاً، ألزمهم الولي قبض ديونهم، أو الإبراء منها، خوفاً من أن يتلف المال ويبقى الدين.

وإن كان أرضاً أو عقاراً، تركهم على خيارهم في المطالبة بديونهم إذا شاؤوا.

والثاني: ما وجب بغير اختيار، والجنايات وهي ضربان:

أحدهما: على مال، فيكون غرم ذلك في ماله، كالديون.

والثاني: على نفس، وذلك ضربان، عمد وخطأ، فإن كان خطأ فديته على عاقلته، لا في ماله.

وإن كان عمداً، ففيه قولان: من اختلاف قوليه في عمد الصبي هل يجري مجرى العمد، أو مجرى الخطأ:

أحدهما: أنه جاري مجرى العمد، فعلى هذا تكون الدية في ماله.

والثاني: أنه جارٍ مجرى الخطأ، فعلى هذا تكون الدية على عاقلته. فأما الكفارة: ففي ماله على القولين معاً.

وقال مالك وأبو حنيفة: «لا كفارة على الصبي».

فهذا ما يجب على الولي في حق اليتيم.

فصل: فأما شهادة الوصي فيما يتعلق بالوصية فضربان:

أحدهما: أن يشهد على الموصي، فشهادته مقبولة.

والثاني: أن يشهد للموصي، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون له نظر فيما شهد به، وكأن شهد له بمال، أو ملك هو وصي في تفريق ثلثه، أو ولاية على أطفال، فشهادته مردودة.

والثاني: أن لا يكون له نظر فيما شهد به، كأنه وصي في تفريق مال معين من تركته، فشهد للموصي بملك لا يدخل في وصيته، وليس وارث، مثلاً، فيكون في ولايته: فشهادته مقبولة، لأنه لا يجربها نفعاً.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا بَلَغَ الحُلُمَ وَلَمْ يَرْشُدْ زَوَّجَهُ وَإِنْ احْتَاجَ إِلى خَادِمٍ».

قال في الحاوي: ولا يزوجه بأكثر من واحدة.

أما إذا كان اليتيم على حال صغره، فلا يجوز لوصيه أن يزوجه وقال أبو ثور: يجوز له أن يزوجه في صغره، كالأب.

وهذا فاسد، لأن الوصي لما منع من تزويج الصغيرة، وإن كان للأب تزويجها مع ما فيه من اكتساب المهر، كان أولى أن يمنع من تزويج الصغير وإن كان للأب تزويجه، لما فيه من التزام المهر، ولأن الموصي ممنوع أن يخرج من مال الصغير ما لا حاجة به إليه، وهو غير محتاج إلى النكاح.

فإذا بلغ اليتيم: زال اسم اليتيم عنه، لقول النبي ﷺ: «لا يتم بعد حلم»[٢]. ثم لا يخلو حاله بعد بلوغه من أن يبلغ رشيداً، أو غير رشيد، فإن بلغ رشيداً: وجب فله حجره، وإمضاء تصرفه.

ثم لا يخلو حال وليه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون أباً، فينفك حجره بظهور الرشد بعد البلوغ من غير حكم حاكم، لأن ثبوت الولاية للأب كانت من غير حكم به، فارتفعت بالرشد من غير حكم.

والحالة الثانية: أن يكون الولي أمين الحاكم، فلا ينفك حجره عنه بظهور الرشد إلا أن يحكم الحاكم بفك حجره، لأن الولاية عليه، تثبت بحكمه فلم يرتفع إلا بحكمه.

والحالة الثالثة: أن يكون الولي عليه وصياً لأب، أو وجد، ففي فك الحجر عنه بظهور رشده من غير حكم وجهان:

أحدهما: ينفك حجره بغير حكم، لأنه يقوم مقام الأب.

والثاني: لا ينفك عنه إلا بحكم، لأنها ولاية من جهة غيره، كالأمين.

فصل: وإن بلغ غير رشيد: كان حجره باقياً، لأن فكه مقيد بشرطين: البلوغ والرشد، فلم ينفك بالبلوغ دون الرشد، كما لا ينفك بالرشد دون البلوغ. وإذا كان الحجر عليه باقياً، كانت ولاية الوالي عليه بحالها، سواء كان الوالي عليه أباً، أو وصياً، أو أميناً.

وإن كان حجره بعد البلوغ. حجر سفه، لا يتولاه إلا حاكم، تقديم حجر مستديم، فحجر متقدم، فدامت الولاية عليه لوليه المتقدم، ولا يحتاج إلى استئناف تولية، كما لا

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٧٣)، والطبراني في «الكبير» (٤/ ١٦)، وفي «الصغير (١/ ٩٦)، وعبد الرزاق (١٣٨٩٩).

يحتاج إلى استئناف حجر.

فإن كانت جارية: لم يجز للوصي تزويجها.

وإن كان غلاماً: فإن لم يكن به حاجة إلى النساء، لم يزوج.

وإن كانت به إلى النساء حاجة لما يرى من فورته عليهن، وميله إليهن، زوجه الوصي، لما فيه من المصلحة له، وتحصين فرجه، ولا يزيده على واحدة، ولا يزوجه إلا بمن اختارها من أكفائه.

فإذا أذن له الوصي في تولي العقد بنفسه، جاز بمهر المثل فما دون وإن نكح بأكثر من مهر المثل، ردت الزيادة على وليه، ودفع المهر عند طلبه، والإنفاق على زوجته وعليه بالمعروف لمثلها من غير سرف ولا تقصير.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمِثْلِهِ يُخْدَمُ اشْتَرَى لَهُ وَلَا يَجْمَعُ لَهُ امْرَأَتَيْنِ وَلَا جَارِيَتَيْنِ لِلْوَطْءِ وَإِنْ اتَّسَعَ مَالُهُ لأَنَّهُ لَا ضِيقَ فِي جَارِيَةٍ لِلْوطْءِ».

قال في الحاوي: فإن كان له مال ومثله يخدم اشترى له خادماً. أما إذا لم يحتج إلى خادم: تركه وخدم نفسه، وإن احتاج إلى خادم فإن اكتفى بخدمة زوجته: اقتصر عليها.

وإن لم يكتف بخدمة زوجته نظر: فإن ضاق ماله اكترى له خادماً وإن اتسع اشترى له خادماً.

فإن كانت خدمته، تقوم بها الجواري، وأمكن أن تقوم الجارية بخدمته واستمتاعه:

اقتصر على جارية الخدمة والاستمتاع بزوجه. وإن لم تكن الجارية لاستمتاع مثله: اشترى له مع التزويج جارية لخدمته. وإن كانت خدمته مما لا يقوم بها إلا الغلمان: اشترى له غلاماً لخدمته. فإن احتاج في خدمته إلى خدمة جارية لخدمة منزله وغلام لخدمته في تصرفه، اشتراهما له إذا اتسع ماله، وفي الجملة أنه يراعى في ذلك ما دعت الحاجة إليه، وجرت العادة بمثله.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ أَكْثَرَ الطَّلَاقَ لَمْ يُزَوَّجْ وَسُرِّيَ وَالعِتْقُ مَرْدُودٌ عَلَيْهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: طلاق السفيه واقع، وهو قول الجمهور. وقال أبو يوسف: طلاق السفيه لا يقع استدلالاً بأن الطلاق استهلاك مال؛ لأنه يجوز أخذ العوض عليه في الخلع فمنع منه السفيه، كالعتق.

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٥).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٧٥).

وهذا فاسد، لأن الطلاق قاطع للاستدامة ومانع من الاستمتاع وليس بإتلاف مال، إنما يستفاد به إسقاط مال، لأنه إذا كان قبل الدخول: أسقط نصف الصداق، وإن كان بعده، أسقط النفقة والكسوة، وخالف العتق الذي هو استهلاك مال، ولذلك جاز للكاتب أن يطلق ولم يجز أن يعتق، وجاز طلاق العبد وإن لم يأذن له فيه السيد، والعوض المأخوذ في الخلع إنما هو لرفع اليد عن التصرف في البضع بالاستمتاع، فصار العوض مأخوذاً على ترك الاستمتاع، لا على أنه في مقابلة مال، والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت أن طلاق السفيه واقع: نظر، فإن كان مطلاقاً يكثر الطلاق لم يزوجه لما يتوالى في ماله من استحقاق مهر بعد مهر، وسراه بجارية يستمتع بها، فإن أعتقها، لم ينفذ عتقه، وإنما عدل به عن التزويج إذا كان مطلاقاً إلى التسري؛ لأن ذلك أحفظ لماله.

فإن قيل: فقد يحبل الجارية فيبطل ثمنها، فصار ذلك كالطلاق أو أسوأ حالاً؟ قيل: إحبالها لا يمنع من جواز الاستمتاع بها فكان مقصده فيها باقياً، وليس كالطلاق الذي يمنع من الاستمتاع ويرفع الاستباحة، وبالله التوفيق.

فصل: فإذا استقر ما اشتمل عليه هذا الباب من أحوال الأوصياء، فلا يخلو حال الوصي من أحد أمرين إما أن يكون متطوعاً، أو مستعجلاً.

فإن تطوع فهي أمانة محضة، أو استعجل: فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بعقد.

والثاني: بغير عقد.

فإن كان بعقد فهي إجازة لازمة يجب عليه القيام بما يضمنها، وليس له الرجوع بها، وإن ضعف عنها، استأجر عليه من ماله من يقوم مقامه فيما ضعف عنه، ولو الأجرة المسماة.

وإن كان بغير عقد فهي جعالة، ثم هي ضربان: معينة، وغير معينة.

فإن كانت معينة: كأنه قال: إن قام زيد بوصيتي له مائة درهم، فإن قام بها غير زيد، فلا شيء له، وإن قام بها زيد وعمرو، فلا شيء لعمرو، وإن عاون زيداً فيها فلزيد جميع المائة، وإن عمل لنفسه، فليس لزيد إلا نصف المائة؛ لأن له نصف العمل.

وإن كانت غير معينة: كقوله من قام بوصيتي هذه فله مائة درهم: فأي الناس قام بها وهو من أهلها، فله المائة.

فإن قام بها جماعة: كانت المائة بينهم، وإذا قام بها واحد وكان كافياً: منع غيره بعد العمل أن يشاركه فيها.

فإن رجع بعد شروعه في إنفاذ الوصايا والقيام بالوصية عن إتمامها: لم يجبر، لأن عقد الجعالة لا يلزم وجاز لغيره بعد رفع يده أن يتمم ما بقي، وللأول من الجعالة بقدر عمله.

وللثاني: بقدر عمله مقسطاً على أجور أمثالها.

فإذا ثبت ما وصفنا: لم يخل حال الوصي إذا كان مستعجلاً من أحد أمرين. إما أن يكون وصياً في كل المال، أو في بعضه. فإن كان وصياً في جميع ما وصي به: لم يخل حال ما جعله له من الأجرة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يجعله من رأس ماله.

والثاني: من ثلثه.

والثالث: أن يطلق.

فإن جعله من رأس ماله، نظر: فإن لم يكن في الأجرة محاباة، كانت من رأس ماله، وإن كانت فيها محاباة: كانت أجرة المثل من رأس المال، وما زاد عليها من المحاباة، في الثلث، يضارب بها أهل الوصايا.

فإن جعل ذلك من ثلثه، كان في ثلثه. فإن لم يكن في الأجرة محاباة، وعجز الثلث عنها: تمت له الأجرة من رأس المال.

فلو كان في الثلث مع الأجرة وصايا، ففي تقديم الوصي بأجرته على أهل الوصايا وجهان:

أحدهما: يقدم بأجرته، لأنها واجبة عن عمل، لا محاباة فيه، ثم يتمم ما عجز الثلث عنه من رأس المال.

والثاني: أن يكون مساوياً لهم في المضاربة بها معهم في الثلث، لأن لباقي أجرته محلاً يستوفيه منه، وهو رأس المال، وهذان الوجهان بنيا على اختلاف الوجهين فيمن جعل حجة الإسلام من ثلثه، وجعل دينه من ثلثه، هل يقدم ذلك على أهل الوصايا أم لا؟

فلو كان في أكرة هذا الوصي محاباة، كانت أجرة المثل إذا عجز الثلث عنها متمة من رأس المال، وكانت المحاباة وصية يضارب بها مع أهل الوصايا ويسقط منها ما عجز الثلث عنه.

وإن أطلق أجرة الوصي ولم يجعلها من رأس ماله ولا من ثلثه: فهي من رأس ماله، إن لم يكن فيها محاباة، إذا تعلقت بواجب من قضاء ديون، وتأدية حقوق وكان تعلق بها مما ليس بواجب تبعاً: فإن كان في الأجرة محاباة كان قدر أجرة المثل من رأس المال، وكانت المحاباة في الثلث يضارب بها أهل الوصايا.

فهذا حكم أجرة الوصي، إذا كان وصياً في جميع المال. فأما إذا كان وصياً في شيء دون غيره، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون وصياً في قضاء ديون وتأدية حقوق فأجرته إن لم يكن فيها محاباة، تكون من رأس المال؛ لأنها بدل عن واجب عليه، وإن كان فيها محاباة، كانت في الثلث يضارب بها أهل الوصايا.

فإن جعل كل الأجرة في ثلثه ولا محاباة فيها: تممت وعند عجز الثلث عنها من

رأس المال ودخلها دور، كالحج إذا أوصى به في الثلث فعجز الثلث عنه، فيكون على ما مضى.

والقسم الثاني: أن يكون وصياً في تفريق الثلث، فأجرته تكون في الثلث فإن لم يكن فيها محاباة قدمتها على أهل الوصايا وجهاً واحداً؛ لأنها مقابلة عمل يتعلق بإنفاذ وصاياهم وليس لها محل غير الثلث، فلذلك يقدم بها. وإن كان فيها محاباة: تقدمهم بأجرة المثل، وشاركهم في الثلث لمحاباته.

والقسم الثالث: أن يكون وصياً على أيتام ولده: فإن أجرته عند إطلاق الموصي تكون في مال اليتيم إذا لم يكن فيها محاباة، ويكون الوصي وكيلاً مستأجراً بعقد الأب الموصي.

فإن كان في الأجرة محاباة: كانت أجرة المثل في مال اليتيم، وكانت المحاباة وصية ثلث الموصي يضرب بها مع أهل الوصايا.

فإن جعل الموصي جميع الأجرة في ثلثه: كانت فيه، فإن احتملها الثلث فلا شيء في مال اليتيم، ولا خيار للوصي.

وإن عجز الثلث عنها: فإن لم يكن فيها محاباة، ضرب من أهل الوصايا بجميع الأجرة، وأخذ منها قدر ما احتمله الثلث، ثم قسط الباقي في المسمى له على أجرة المثل والمحاباة، فما بقي من أجرة المثل، رجع به في مال اليتيم، وما بقي من المحاباة، يكون باطلاً.

مثاله: أن يكون قد جعل له مائة درهم، وأجرة مثله خمسون درهماً، وقدر ما احتمله الثلث من المائة خمسون درهماً، فإذا أخذها فقد أخذ نصف المسمى من أجرة المثل والمحاباة، وبقي النصف خمسون درهماً، منها نصفها خمسة وعشرون درهماً بقية أجرة مثله يرجع بها في مال اليتيم ونصفها خمسة وعشرون درهماً نصيب المحاباة، فتكون باطلة ويكون الوصي بالخيار في الفسخ لنقصان ما عاقد عليه، فإن فسخ أقام الحاكم من أمنائه من يقوم مقامه من غير أجرة، لأن الحاكم نصب للقيام بذلك، ورزقه، وأجور أمنائه من بيت المال.

فإن لم يكن بيت المال مال، يدفع أجرة أمين، ولا وجد متطوعاً: كانت أجرته في مال اليتيم.

وأكثر هذه المسائل يدخلها دور وطريق عمله ما ذكرنا في الحج، فصار محصول هذا الفصل في إطلاق أجرة الوصي إذا لم يكن فيها محاباة أن ينظر فإن كان وصياً في البعض نظر: فإن كان وصياً في تأدية حقوق، فأجرته من رأس المال.

وإن كان وصياً في تفريق ثلث، فأجرته مقدمة في الثلث، وإن كان وصياً على يتيم، فأجرته في مال اليتيم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «هَذَا آخِرُ مَا وَصَفْتُ مِنْ هَذَا الكِتَابِ أَنَّهُ وَضَعَهُ بِخَطِّهِ لَا أَعْلَمُ أَحَداً سَمِعَهُ مِنْهُ وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ لَوْ قَالَ أَعْطُوهُ كَذَا وَكَذَا مِنْ دَنَانِيرِي أُعْطِيَ دِينَارَيْنِ وَلَوْ لَمْ يَقُلْ مِنْ دَنَانِيرِي أَعْطُوهُ مَا شَاؤُوا اثْنَيْنِ».

قال في الحاوي: وهذا الفصل مشتمل على أربع مسائل:

المسألة الأولى: أن يقول أعطوه كذا وكذا من دنانيري الذي نقله المزني هاهنا أنها وصية بدينارين، لأنه لما ذكر عدداً من دنانيره دل على دينارين وفيه قول آخر مخرج من الإقرار أنها وصية بدينار، لأنه قد يحتمل أن يكون كل واحد من الفردين أقل من دينار وهما معاً دينار فإذا كان ذلك وصية بما ذكرنا نظر فإن كانت له دنانير صحت الوصية بالقدر الذي ذكرناه على اختلاف القول فيه وإن لم يكن له دنانير كانت الوصية باطلة.

والمسألة الثانية: أن يقول كذا وكذا من الدنانير فيكون أيضاً على ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: أنها وصية بدينارين.

والثاني: بدينار لكن تصح الوصية بهذا القدر سواء ترك دنانير أو لم يترك.

والمسألة الثالثة: أن يقول كذا وكذا فهذه وصية بعد دين يرجع في بيانها إلى الورات فإن ذكر شيئاً بينه قبلنا منه مع يمينه إن حلف فيه وسواء بين ذلك من جنس أو جنسين والله أعلم.

فصل: إذا قال: أعطوا ثلثي لأعقل الناس فقد حكى عبد الرحمٰن بن أبي حاتم عن الربيع عن الشافعي أنه قال: يعطى أزهد الناس وهذا صحيح؛ لأن العقل مانع من القبائح والزهاد هو أشد الناس منعاً لأنفسهم من الشبهات.

فصل: ولو قال: أعطوا ثلثي لأجمل الناس فقد قال أبو حامد الإسفراييني يعطاه أهل الذمة والذي أراه أن يعطاه أهل الكبار من المسلمين لأمرين:

أحدهما: أنهم قد أقاموا على فعل ما يعتقدون استحقاق العذاب عليه وليس كأهل الذمة الذين لا يعتقدون ذلك.

والثاني: أن الأغلب من قصد المسلم بوصيته المسلمين دون غيرهم.

فصل: ولو قال: أعطوا ثلثي لأحمق الناس قال إبراهيم الجريري: يعطاه من يقول بالتثليث من النصارى والذي أراه أن يعطاه أسفه الناس، لأن الحمق يرجع إلى الفعل دون الاعتقاد.

فصل: ولو قال: أعطوا ثلثي لأعم الناس كان مصروفاً في الفقهاء لاضطلاعهم

(١) انظر هامش الأم (٣/ ١٧٥).

بعلوم الشريعة التي هي بأكثر العلوم متعلقة.

فصل: ولو أوصى بثلثه لسيد الناس كان للخليفة ـ رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المنام فجلست معه ثم قمت أماشيه فضاق الطريق بنا، فوقف فقلت: تقدم يا أمير المؤمنين فإنك سيد الناس، قال: لا تقل هكذا قلت: بلى يا أمير المؤمنين ألا ترى لو أن رجلاً أوصى بثلث ماله لسيد الناس كان للخليفة أنا أفتيك بهذا فخذ حظي به ولم أكن سمعت هذه المسألة قبل هذا المنام وليس الجواب فيها إلا كذلك، لأن سيد الناس هو المتقدم عليهم والمطاع فيهم وهذه صفة الخليفة المتقدم على جميع الأمة، والله أعلم بالصواب.

كتاب العتق

باب عتق الشرك في الصحة والمرض والوصايا في العتق

مسألة[1]

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ العَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ وَأَعْطى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعُتِقَ العَبْدُ وَإِلَّا فَقَدْ عُتِقَ مَا عُتِقَ وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ». قال في الحاوي: إِنَّما عِتْقُ الْعَبِيدِ وَالإِمَاءِ مِنَ الْقُرَبِ التي تَتَرَدَّدُ بين وُجُوبٍ وَنَدْبٍ والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿فَلَا ٱقْتَحَمَ ٱلْعَقَبَةَ ۝ وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا ٱلْعَقَبَةُ ۝ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١١ ـ ١٣] يعني عتق رقبة من الرق.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «فِي جَهَنَّمَ عَقَبَةٌ لَا يَقْتَحِمُهَا إِلَّا مَنْ فَكَّ رَقَبَةً»[2].

وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾ [الأحزاب: ٣٧] يعني زيد بن حارثة أنعم الله عليه بالإسلام وأنعم عليه رسول الله ﷺ بالعتق ولذلك سمي المولى المعتق منعماً وقال الله تعالى فيما أوجبه من كفارة القتل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وفيما أوجبه من كفارة الظهار ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ وفي الكتابة المفضية إلى المعتق: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] ورُوِي عَنْ ابن عُيَيْنة أن رسولَ اللَّهِ ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ»[3]. وروى واثلةُ بن الأسقع، وعبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنهُ من النَّارِ»[4]. وروي أن عائشة رضي الله عنها نذرت أن تعتق عشرة من بني إسماعيل فسبي قوم من بني تميم فقال لها النبي ﷺ: «إِنْ سَرَّكِ أَنْ تُعْتِقِي الصَّمِيمَ مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ فَأَعْتِقِي هَؤُلَاءِ»[5].

وأعتق رسول الله ﷺ سلمان، وشقران، وثوبان، وزيد بن حارثة، واشترى أبو بكر رضي الله عنه بلالاً وكان يعذب على الإسلام فَأَعْتَقَهُ لوجه الله تعالى، فقال فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه: بلال سيدنا وعتيق سيدنا.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٧).

(٢) أورده السيوطي في «الدر المنثور» (٦/ ٥٩٦) وعزاه لعبد بن حميد.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ١٥٠) من حديث عقبة بن عامر.

(٤) أخرجه البخاري (٢٥١٧)، ومسلم (١٥٠٩).

(٥) أخرجه الحاكم (٤/ ٨٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٨٠٧٥).

وفي قوله بلال سيدنا ثلاثة تأويلات:

أحدها: قوله ﷺ: «سَيِّدُ الْقَوْمِ خَادِمُهُمْ»(١). **والثاني**: لسابقته في الإسلام، وأنه كان من المعذبين فيه. **والثالث**: أنه قصد به التواضع وكسر النفس.

وقد أعتق عمر، وعثمان، وعلي رضوان الله عليهم، عبيداً وإماءاً وكذلك أهل الثروة من الصحابة رضي الله عنهم في عصر الرسول ﷺ وبعده، فدل على فضل العتق فقيل: يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَيُّ الرِّقَابِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: أَكْثَرُهَا ثَمَناً وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»(٢) ولأن في العتق فكاً من ذل الرق بعزّ الحرية وكمال الأحكام بعد نُقْصَانِهَا، والتصرف في نفسه بعد المنع منه وتملك المال بعد حظره عليه فكان من أفضل القُرَبِ من المُعْتِقِ وأجزل النِّعَم على المُعْتَقِ ولأن الله تعالى كفر به الذنوب وجبر به المآثم ومحا به الخطايا وما هو بهذه الحال فهو عند الله عظيم.

فصل

فإذا تقرر هذا فالعتق ضربان: واجب وتطوع.

فالواجب خاص في بعض الرقاب. وهي أن تكون مؤمنة سليمة من العيوب. والتطوع أن يكون عاماً في جميع الرقاب من مؤمنة وكافرة وسليمة ومعيبة. والعتق يقع بالقول الصريح وكناية. والصريح لفظتان: أعتقتك، وحررتك، يقع العتق بهما مع وجود النية وعدمها. والكناية: قوله حرمتك، وسبيتك، وأطلقتك، وخليتك، وما في معناه، فإن نوى به العتق عتق وإن لم ينو لم يعتق ولا يعتق بالنية من غير لفظ كالطلاق ويصح معجلاً ومؤجلاً وناجزاً وعلى صفة وبعوض وبغير عوض اعتباراً بالطلاق وبعلم العبد وبغير علمه ومع إرادته وكراهته.

فصل

وإذا كان العتق على ما وصفنا فهو يسري كسراية الطلاق وسرايته أعم من سراية الطلاق لأنه يسري إلى ملك المعتق وإلى غير ملكه وسراية الطلاق لا تسري إلا إلى ملك المطلق، فإذا أعتق الرجل بعضاً من عبده كقوله: نصفه حر عتق جميعه ولم يقف العتق الذي باشره.

وروى قتادة عن أبي المليح أسامة بن عُمير عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصاً من غلام فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «هُوَ حُرٌّ كُلُّهُ لَيْسَ لله شَرِيكٌ»(٣).

وإذا أعتق شركاء له في عبد شرك بينه وبين غيره عتق عليه ما يملكه منه وروعيت حاله في يساره وإعساره فإن كان موسراً سرى عتقه إلى شريكه، وعتق عليه جميعه،

---

(١) أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (١٠/ ١٨٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٥١٨)، ومسلم (١٣٦/ ٨٤).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٣١٧).

ووجب عليه لشريكه قيمة حصته، ولم يكن للشريك أن يستبقيها على ملكه ولا أن يعتقها في حق نفسه، وإن كان المعتق موسراً لم يسر عتقه إلى حصة الشريك، وكانت حصته باقية على ملكه إن شاء أعتقها وإن شاء استبقاها ولا يجبر العبد على الاستسعاء فيما رق منه في حق واحد منهما وتتبعض في العبد الحرية والرق. وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن تتبعض فيه فيكون بعضه حراً وبعضه مرقوقاً. والواجب تكميل الحرية فيه فإن كان المعتق موسراً كان شريكه بالخيار بين ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعتق حصته مباشرة فيكون الولاء بينهما. **والحالة الثانية**: أن يستسعي العبد في حصته فيعتق عليه بالسوية ويكون الولاء بينهما. **والحالة الثالثة**: أن يأخذ المُعْتِقُ بقيمة حِصَّتِهِ ويكون المُعْتَقُ فيه بين خيارين إن شاء أعتقه، وإن شاء استسعاه في حصته فيه بقيمتها، وإن كان المُعْتِقُ معسراً كان الشريك في حصته بين خيارين: إما أن يعتقها وإما أن يستسعي العبد فيها.

وقال ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن: لا يصح أن ينفرد أحدهما بعتق حصته في يساره وإعساره إلا أن يجتمعا على عتقه فيعتق عليهما، فإن تفرد أحدهما بالعتق لم يقع.

وقال الأصم وابن عُلَيَّة: يعتق حصة المعتق ولا يعتق عليه حصة الشريك موسراً كان أو معسراً. وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق حصة الشريك على المعتق موسراً كان أو معسراً، واستدل أبو حنيفة بما رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن النَّضْر بن أنس عن بشير ابن نهيك عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ فِي مَالِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ! استسعى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»(١).

قالُوا: وَهَذَا نص. قالوا: ولأن تنافي أحكام الحرية والرق تمنع من تبعيض الحرية والرق كما امتنع من تبعيض الزوجية إباحة وحظراً. قالوا: ولأنه ما لم تبعض الحرية والرق في ملك الواحد. لم تبعض في ملك الاثنين.

قالوا: ولأن عتق أحد الشريكين يجعل العبد فيما يملكه من حرية نفسه كالغاصب في حق الآخر فوجب أن يستسعي في قيمة نفسه كما يؤخذ الغاصب بقيمة غصبه. ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ الْعَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ فَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصُهُمْ وَعُتِقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ وَإِلَّا فَقَدْ عُتِقَ مِنْهُ فأعتق وَرُقَّ مِنْهُ مَا رُقَّ»(٢).

وهذا يدل على عتقه في حق الموسر دون حق المعسر، ويدل عليه ما رواه عطاء عن سعيد بن المسيب عن عمران بن الحصين، وروى سماك بن حرب عن الحسن عن عمران بن الحصين، وروى أيوب عن محمد بن سيرين عن عمران بن الحصين أن رجلاً

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٠٤)، ومسلم (١٥٠٣).

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٢٢)، ومسلم (١٥٠١).

من الأنصار أعتق ستة أعبد عند موته وليس له مال غيرهم فبلغ ذلك إلى رسول الله ﷺ فدعاهم وجزَّأهم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة[١].

فمنع هذا الخبر من قول أبي حنيفة، لأن فيه أنه جزأهم وأبو حنيفة لا يجزئهم وأقرع بينهم، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم، وأعتق منهم اثنين وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، وأرق أربعة وأبو حنيفة لا يسترقهم، وأوجب استسعاءهم والنبي ﷺ لم يوجبه فصار مذهبه مخالفاً للخبر في جميع أحكامه فوجب أن يكون مدفوعاً به، لأن الاستسعاء عتق بعوض فلم يجبر عليه العبد كالكتابة، ولأنه لما لم يقوم على المعتق المعسر فأولى أن لا يقوم على العبد بالسعاية، لأنه أسوأ حالاً من المعسر للعلم بإعسار العبد في الظاهر والباطن وإعسار المعتق في الظاهر دون الباطن.

ولأن ما يقتضيه التقويم هو العتق لدخول الضرر به في حصة الشريك فلما سقط التقويم في حق المعتق بإعساره وهو مباشر كان أولى أن يسقط عن العبد بما قد يجوز أن لا يصل إليه من سعايته، وقد قال النبي ﷺ: «مَنْ ضَرَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ»[٢].

فأما الجواب عن احتجاجهم بالخبرين فَمِن وجهين: **أحدهما**: اختلاف الرواية فيه. **والثاني**: استعماله. فأما اختلاف الرواية فمن أوجه:

أحدها: أن الاستسعاء تفرد به سعيد بن أبي عروبة عن قتادة فيما رواه العراقيون عنه وقد رواه أبو داود عن ابن أبي عيسى عن سعيد ولم يذكر السعاية.

والثاني: أن سعيد بن أبي عروبة تفرد برواية السعاية من بين أصحاب قتادة، وقد رواه من أصحاب قتادة من هو أضبط من سعيد وهو مسعر الحافظ وهشام الدستوائي ولم يذكرا فيه السعاية.

والثالث: أنه قد رواه هشام عن قتادة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ فِي مَالِهِ»[٣] وأن قتادة قال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه فذكر قتادة ذلك عن نفسه فوهم فيه سعيد بن أبي عروبة فضمه إلى روايته.

قال أبو بكر النيسابوري: رواية همام أصح، لأنه فصل مذهب قتادة عن روايته وسعيد أزوجها في الرواية.

وأما استعمال الخبر في السعاية فمن وجهين:

أحدهما: أنه يحمل على المراضاة، دون الإجبار إذا طلبها العبد وأجاب إليه السيد، لأنه قال: غير مشقوق عليه والإجبار شاق، ولأن الاستسعاء استفعال وهو في اللغة موضوع للطلب كقولهم استسلف واستصعب واستقرض.

---

(١) تقدم تخريجه في «الوصايا».

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٣٦)، وأحمد (٣/ ٤٥٣)، والحاكم (٢/ ٥٨)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٤٥).

(٣) جزء من حديث تقدم تخريجه.

والثاني: أنه يحمل على استسعائه في خدمة الشريك واكتسابه له بحق ملكه لا لإطلاق الاستسعاء في احتمال الأمرين. وأما الجواب عن استدلالهم بأن تنافي أحكام الحرية والرق يمنع من الجمع بينهما فهو أنا نغلب أحدهما ولا نجمع بينهما فزال التنافي. وأما الجواب عن امتناع الجمع بينهما في ملك الواحد فهو أن اختياره للمعتق أوجب سرايته إلى ملكه، ولم يوجب سرايته إلى ملك شريكه إذا استقر. وأما الجواب عن جعلهم العبد كالغاصب فهو أنه لم يكن من العبد فعل ولا له على رقه يد فلم يجز أن يجعل كالغاصب المتعدي بيده واستهلاكه.

مسألة[1]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ فِي عِتْقِ المُوسِرِ وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمُ وَعتق العَبْدِ مَعْنَيَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَعْتِقُ بِالقَوْلِ وَبِدَفْعِ القِيمَةِ والآخر أَنْ يَعْتِقَ المُوسِرُ وَلَوْ أَعْسَرَ كَانَ العَبْدُ حُراً وَاتُّبِعَ بِمَا ضُمِنَ وَهَذَا قَوْلٌ يَصِحُّ فِيْهِ القِيَاسُ (قال المزني) وَبِالقَوْلِ الأَوَّلِ قَالَ فِي كِتَابِ الوَصَايَا فِي العِتْقِ وَقَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ الأَحَادِيثِ يَعْتِقُ يَوْمَ تَكَلَّم بِالعِتْقِ وَهَكَذَا قَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ ابْنِ لَيْلَى وَأَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَيْضاً فإِنْ مَاتَ المُعْتِقُ أُخِذَ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ أَرْشِ المَالِ لَا يَمْنَعُهُ المَوْتُ حَقًّا لَزِمَهُ كَمَا لَوْ جَنَى جِنَايَةً وَالعَبْدُ حُرٌّ فِي شَهَادَتِهِ وَمِيرَاثِهِ وَجِنَايَاتِهِ قَبْلَ القِيمَةَ وَدَفْعِهَا (قال المزني) وَقَدْ قَطَعَ بِأَنَّ هَذَا المَعْنَى أَصَحُّ (قال المزني) وَقَطْعُهُ بِهِ فِي أَرْبَعَة مَوَاضِع أَوْلَى بِهِ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْنِ لَمْ يَقْطَعْ بِهِ وَهُوَ القِيَاسُ عَلَى أَصْلِهِ فِي القُرْعَةِ أَنَّ المُعْتِقَ يَوْمَ تَكَلَّمَ بِالعِتْقِ حَتَّى أَقْرَعَ بَيْنَ الأَحْيَاءِ وَالمَوْتَى فَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ أَعْتَقَ الثَّانِي كَانَ عِتْقُهُ بَاطِلاً وَفِي ذلك دَلِيلٌ لَوْ كَانَ مَلِكَهُ بِحَالِهِ لَوْ عُتِقَ بِإِعْتَاقِهِ إِيَّاهُ وَقَوْلِهِ فِي الأَمَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إِنْ أَحْبَلَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ إِنْ كَانَ مُوسِراً كَالعِتْقِ وَأَنَّ شَرِيكَهُ إِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَخْذِ القِيمَةِ كَانَ مَهْرُهَا عَلَيْهِ تَامّاً وَفِي ذَلِكَ قَضَاءٌ لِمَا قُلْنَا وَدَلِيلٌ آخَرُ لَمَّا كَانَ الثَّمَنُ فِي إِجْمَاعِهِمْ ثَمَنَيْنِ أَحَدُهُمَا: فِي بَيْعٍ عَنْ تَرَاضٍ يَجُوزُ فِيْهِ التَّغَابُنُ والآخَرُ قِيمَةُ مُتْلَفٍ لَا يَجُوزُ فِيْهِ التَّغَابُنُ وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى التَّعْدِيلِ وَالتَّقْسِيطِ فَلَمَّا حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى المُعْتِقِ المُوسِرِ بِالقِيمَةِ دَلَّ عَلَى أَنَّهَا قِيمَةُ مُتْلَفٍ عَلَى شَرِيكِهِ يَوْمَ أَتْلَفَهُ فَهَذَا كُلُّهُ قَضَاءٌ لأَحَدِ قوليه عَلَى الآخَرِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال في الحاوي: وهذا القول يصح فيه القياس قد ذكرنا أن عتق الموسر يسري إلى حصة شريكه، واختلف قول الشافعي في عتقها عليه بماذا يقع على ثلاثة أقاويل:

أحدها: نص عليه في اختلاف الحديث، واختلاف العراقيين وكتاب الوصايا أنه يعتق عليه حصة الشريك بنطقه قبل دفع القيمة، فيدفعها بعد نفوذ العتق، وهو قول ابن أبي ليلى وسفيان الثوري، وأحمد وإسحاق.

والقول الثاني: نص عليه في القديم لا يعتق عليه إلا بعد دفع القيمة إلى شريكه وهو قبل دفعها على بقاء حصته وهو قول مالك.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٧، ٢٦٨).

والقول الثالث: الأشبه ذكره عنه البويطي وحرملة، أن العتق في حصة الشريك موقوف مراعى فإذا دفع القيمة بَانَ أن العتق وقع باللفظ، وإن لم يدفعها بَانَ أنه لم يزل عن الرق.

ونظير هذه الأقاويل في ملك المبيع متى ينتقل عن البائع إلى المشتري على ثلاثة أقاويل: **أحدها**: بالعقد قبل مضي زمان الخيار. **والثاني**: بالعقد وانقضاء الخيار. **والثالث**: أنه موقوف مراعى.

فإن تم البيع بَانَ أنه كان مالكاً بنفس العقد، وإن لم يتم البيع بَانَ أنه لم يكن مالكاً.

فإذا قيل بالقول الأول أنه يعتق عليه باللفظ قبل دفع القيمة وهو المشهور من مذهبه فدليله رواية ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ وَكَانَ لَهُ مَالٌ فَقَدْ عُتِقَ كُلُّهُ»(١) ولأن فيه الحصة معتبرة وقت عِتْقِهِ فَدَلَّ على نفوذ العتق فيها بلفظة.

وإذا قيل بالقول الثاني: أنه لا يعتق إلا بدفع القيمة فدليله رواية عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَإِنْ كَانَ مُوسِراً قُوِّمَ عَلَيْهِ قِسْمَةَ عَدْلٍ لَيْسَتْ بِوَكْسٍ وَلَا شَطَطٍ ثُمَّ يُعْتَقُ»(٢) ولأن العتق عن عرض فتحريمه يدفع العوض كالكتابة.

وإذا قيل بالقول الثالث: أن العتق موقوف مراعى فدليله أن تعارض الروايتين يقتضي الوقف والمراعاة لاستعمال الخبرين، ولأن في الوقف إزالة الضرر عن الشريك والعبد فكان أولى من إدخاله على الشريك بتعجيل العتق أو على العبد بتأخيره، ويكون وقف عتقه على هذا القول كمن أعتق عبده في مرض موته وله مال غائب لا يعلم أيسلم فيخرج العتق من ثلثه، أو يتلف فلا يخرج من ثلثه كان تحرير عتقه بعد موته موقوفاً على سلامة ماله، فإن سلم عتق جميع العبد من حين تلفظ بعتقه وإن تلف ماله بَانَ أنه لم يعتق منه إلا ثلثه، وأن باقيه لم يزل موقوفاً.

فصل

فأما المزني، فإنه اختار أشهر هذه الأقاويل وهو الأول أن حصة الشريك تعتق بلفظ المعتق، وتكون القيمة في ذمته حتى يؤديها، وتكلم على قيمته فصولاً بعضها تحقيق لمذهبه وبعضها نصرة لصحته.

فالفصل الأول: قال المزني بالقول الأول في كتاب الوصايا في العتق وقال في كتاب اختلاف الأحاديث يعتق يوم تكلم بالعتق وهكذا قال في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى فجعل المزني تكرار هذا القول في هذه المواضع التي لم يذكر غيره فيها إثباتاً له ونفياً لغيره، وليس الأمر على ما تَوَهَمَ لأن أقاويله إذا فرقت لم يحتج إلى

(١) متفق عليه، وقد تقدم.

(٢) أخرجه الشافعي في «مسنده» (١٩٤)، والحميدي (٦٧٠)، والبيهقي في «الكبرى» (٢١٣٢٨).

تكرارها في كل موضع ولو كان ما توهم صحيحاً لاقتضى إذا كرر أحدهما في مواضع وكرر الأخرى في مواضع أن يكون نافياً لهما والذي يقتضي تحقيق مذهبه في أحد القولين أن يقول وبهذا أقول وهو أولى أن يحتج له.

فأما تكراره والتفريع عليه فقال بعضهم: لا تأثير لهما كما لا تَأْثير لزيادة الشهود في تعارض البينتين. وقال آخرون: لها تأثير في أن غيرها لا يترجح عليه. واختلفوا هل يصير بها أرجح من غيره فرجح بها بعضهم ولم يرجح بها آخرون.

والفصل الثاني: قال المزني: فقال ـ يعني الشافعي ـ فإن مات المعتق أخذ ما لزمه من رأس المال لا يمنع الموت حقاً لزمه، كما لو جنى جناية، وهذا ذكره المزني احتجاجاً أن أخذ قيمة الحصة من شريكه بعد موته دليل على نفوذ العتق في حياته ولا حجة في هذا، لأن القيمة مأخوذة من شريكه على الأقاويل كلها، لأنه وإن لم يعتق عليه في أحدها، فقد كان منه السبب الموجب لعتقه، فكان مأخوذاً بعتقه في تركته كما لو جرح عبداً فسرى الجرح إلى نفسه بعد موته أخذت قيمة العبد من تركته، وإن وجبت بعد موته، وكذلك إن حفر بئراً في غير ملكه، ومات، كان غرم ما تلف فيها بعد موته من تركته، وإن وجبت بعد موته، لتقدم السبب في حياته، فلم يكن لما ذكره المزني من أخذ القيمة من تركته دليل على نفوذ العتق في حياته، لأننا إن قلنا بالأول أنه يعتق عليه بلفظه، كان المأخوذ من تركته، ما وجب عليه غرمه في حياته.

وإن قلنا بالثاني: أنه يعتق بأداء القيمة، فقد وجد منه السبب الموجب لعتقه، فوجب أن يكون غرم القيمة في تركته، لتقدم السبب الموجب لعتقه، كحفر البئر.

والفصل الثالث: قال المزني: قال الشافعي: إن العبد حر في شهادته، وحدوده، وميراثه، وجناياته، قبل القيمة وبعدها، وهذا الذي حكاه المزني مبني على الأقاويل الثلاثة، فإن قيل: بنفوذ عتقه باللفظ، جرت عليه أحكام الأحرار في شهاداته، وواجباته، وجناياته، وحدوده، وميراثه. وإن قيل إنه لا يعتق، إلا بأداء القيمة، جرت عليه أحكام العبيد في هذا كله. وإن قيل: إن عتقه موقوف على أداء القيمة، كانت أحكامه في هذا كله، موقوفة، فإن عتق بأداء القيمة، جرت عليه أحكام الأحرار في جميعها، وإن لم يعتق بها، جرت عليه أحكام العبيد في جميعها، فكان ما ذكره الشافعي ـ رحمه الله ـ على أحد أقاويله، فلم يكن فيه دليل.

والفصل الرابع: قال المزني: فقد قطع بأن هذا المعنى أصح قال المزني، وما قطع به في أربعة مواضع، أولى من أحد قولين لم يقطع به، وهذا الذي حكاه عن الشافعي وقطع به في أربعة مواضع، إن كان منه قطعاً بصحته كان تحقيقاً لمذهبه وعدولاً عن غيره، وإن كان قطع به، لأن ذكره فيها، ولم يذكر غيره، فقد تقدم الجواب عنه، والمزني عدل فيما رواه معمول بما حكاه، والظاهر من روايته القطع بصحته، فلا امتناع من تصحيحه على مذهبه.

والفصل الخامس: قال المزني، وهو القياس على أصله في القديم، أن العتق يوم

تكلم بالعتق، حتى أقرع بين الأحياء، والأموات، فهذا بقوله أولى. فيقال له.

أما القرعة بين من أعتقهم في مرضه إذا عجز الثلث عن قيمتهم بعد موته، واجبةٌ، وخروجها لأحدهم، موجب لتقدم عتقه في حياته، ولو مات أحدهم، وخرجت عليه القرعة بعد موته، بَانَ أنه كان حراً قبل موته، وهذا مما لا يختلف فيه مذهبه، وليس فيه دليل على عتق حصة الشريك قبل أخذ قيمته، لوقوع الفرق بينهما، فإن عتقه في المرض صادف ملكه، فوقع وإنما دخلت القرعة لاسترقاق ما عجز عنه الثلث، فصار العتق متقدماً، واستدراكه بالعجز متأخراً، وليس كذلك عتقه في حصة الشريك، لأنه عتق سرى إلى غير ملكه، فلم تستقر السراية إلا بدفع بدله، لئلا يزال ملكه المستقر بغير بدل مستقر، ثم يستخرج من معنى العتق في المرض دليل عليه أن العتق في حصة الشريك لا يقع إلا بدفع القيمة بأن العتق في المرض لما لم يتحرر إلا بأن يجعل للورثة، مثلاً قيمته وجب أن لا تعتق حصة الشريك، إلا بأن يصل إلى قيمته فيصير ما ذكره دليلاً عليه.

الفصل السادس: قال المزني: وقد قال الشافعي: فإن أعتق الثاني، كان عتقه باطلاً، وفي ذلك دليل على أنه لو كان ملكه بحالة العتق، بإعتاقه إياه، قيل: قد ذهب أبو علي ابن أبي هريرة إلى أن عتق الشريك لا يقع إذا قيل: إن حصته قد عتقت على المعتق بلفظه، ويعتق على الشريك إذا قيل: إن حصته لا تعتق إلا بدفع القيمة، فخلص من هذا الاعتراض، والذي عليه جمهور أصحابنا، وهو الظاهر من منصوص الشافعي، أن عتق الشريك لا يقع على الأقاويل كلها، لأنه إن قيل: إن العتق قد سرى إلى حصته، فقد أعتق بعد زوال ملكه. وإن قيل: إن العتق لا يسرى إليها بعد دفع القيمة، فقد تعلق بها للمعتق حق السراية، واستحقاق الولاء، فأوقع على الشريك في ملكه حجراً منع من التصرف فيه بعتق وغيره، والحجر يمنع من وقوع العتق مع ثبوت الملك، كالأمة إذا أعتقت تحت عبد فطلقها قبل الفسخ، لم يقع طلاقه في الحال، وإن كان مالكاً للبضع لما في وقوع طلاقه من إبطال حق الزوجة من الفسخ، وصار حقها فيه موقعاً للحجر عليه في طلاقه، فإن فسخت لم يقع طلاقه وإن أقامت وقع الطلاق لرفع الحجر بالإقامة.

والفصل السابع: قال المزني: وقوله في الأمة بينهما أنه إن أحبلها أحدهما، صارت أم ولد له وإن كان موسراً، كالعتق وإن شريكه إن وطئها، قبل أخذ القيمة، كان مهرها عليه تاماً.

وفي ذلك قضاء لما قبل، لأن إحبال أحد الشريكين لها جار مجرى عتقه، له على الأقاويل الثلاثة: **أحدها**: أنها قد صارت كلها أم ولد له بالإحبال، فإذا وطئها الشريك الآخر، كان عليه جميع مهرها. **والقول الثاني**: أن حصة الشريك، لا تصير للمحبل أم ولد، إلا بدفع القيمة، وإن وطئها الشريك، كان عليه نصف مهرها. **والقول الثالث**: أنه موقوف، فإن دفع المحبل القيمة بَانَ أنها أم ولده بالإحبال، وكان على الشريك، إذا

وطيء جميع المهر، وإن لم يدفع القيمة بَانَ أن حصة الشريك باقية على ملكه، فلم يجب عليه بوطئها إلا نصف المهر فلم يكن بين الإحبال والعتق فرق، ولم يكن في استشهاده به دليل.

والفصل الثامن: قال المزني: ودليل آخر لما كان الثمن في إجماعهم بتمييز أحدهما بيع عن تراض، يجوز فيه التغابن والآخر فيه متلف لا يجوز فيه التغابن وإنما هي على التعديل والتقسيط، فلما حكم النبي ﷺ على الموسر المعتق بالقيمة، دل على أنها قيمة متلف على شريكه، يوم أتلفه. فهذا كله قضاء لأحد قوليه على الآخر وبالله التوفيق.

فيقال للمزني: جعلت الأثمان ضربين: **الأول**: ضرب لأعيان ثابتة بعقد عن تراض يجوز فيه التغابن كالبيع. **الثاني**: وضرب يكون فيه متلفاً ولا يجوز فيه التغابن كالشريك فجعلت هذا دليلاً على أن حصة الشريك لما استحق فيها مقداراً، لا يجوز فيه التغابن، أنه قيمة متلف بالعتق.

وها هنا ضرب ثالث، يستحق فيه مقدر لا يجوز فيه التغابن وليس بمتلف، ولا مستهلك وهو الشفيع ينتزع الشقص من المشتري بالثمن المقدر الذي لا يستحدث فيه التغابن، وليس بتالف، وإذا أوصى الرجل ببيع عبده، على زيد استحق بيعه عليه بقيمته المقدرة، وليس بتالف فلما كان هذا ضرباً ثالثاً تقدر فيه الثمن وزال عنه التغابن، وهذا باق غير تالف دخلت فيه حصة الشريك المقدرة عن غير متلف.

وهذا من الضرب الثالث وإن خرج عن الضربين الأولين.

فصل

وإذا تقرر أن نفوذ العتق في حصة الشريك يكون على الأقاويل الثلاثة، انتقل الكلام إلى التفريع على كل قول منها.

فإذا قيل بالأول أنه يعتق بنفس اللفظ، فقد اختلف أصحابنا في وقوع العتق عليها، هل يقترن بعتق ملكه؟ أو يتعقبه بالسراية بعد نفوذ العتق في ملكه؟ على وجهين:

أحدهما: يعتق بالسراية بعد نفوذ العتق في ملكه ولا يعتق الجميع في حالة واحدة بلفظه، لأنه لو تلفظ بعتق حصة الشريك لم يعتق بلفظه، فدل على عتقه بالسراية دون لفظه.

والوجه الثاني: قاله شاذ من أصحابنا أن جميعه يعتق في حالة واحدة عتق مباشرة، لا يتقدم أحدهما على الآخر، لأن عتقهما عن لفظ، فوجب أن يقع عليها باللفظ، ويكون المعتق مأخوذاً بالقيمة على الوجه الأول، عقيب عتقه، وعلى الوجه الثاني بقيمته مع عتقه، ولو مات العبد عقيب العتق، مات حراً، وماله لورثته، ولم تسقط القيمة عن معتقه، ويملك إكساب نفسه، وتسقط نفقته، وزكاة فطره، عن معتقه، ولو مات المعتق قبل دفع القيمة، أخذت من تركته لو أعسر بها، بعد يساره كانت ديناً يحاص بها الشريك جميع غرمائه، ولو اختلف المعتق والشريك في قيمة الحصة، وتعذرت البينة بها، كان القول فيها قول المعتق مع يمينه، لأنه غارم، ولو كان مكان

العبد أمة حامل، فولدت بعد عتقها، وقبل دفع قيمتها، عتق معها، ولم يلزمه قيمة ولدها. ولو مات الولد كان موروثاً ووارثاً. ولو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، كان فيه غرة عبد، أو أمة كجنين الحرة.

وإذا قيل بالثاني: أنه لا يعتق إلا بدفع القيمة، فهل يكون العتق معتبراً بالدفع من جهة المعتق، أم بالقبض من جهة الشريك؟ على وجهين:

أحدهما: يكون العتق معتبراً بدفع المعتق، وتمكين الشريكين قبضه، سواء قبضه منه، أو لم يقبضه، لأن العتق واقع بها فاعتبر بفعل من كان العتق واقعاً في حقه، فعلى هذا تصير القيمة داخلة في ملك الشريك بدفع المعتق لها، وتمكن الشريك من قبضها، ولو تلفت قبل قبضها كانت تالفة من مال الشريك دون المعتق، ولم يلزمه غرمها.

والوجه الثاني: لا يعتق بدفع القيمة، حتى يقبضها الشريك لأن تأخر العتق على دفع القيمة، إنما وجب ليصل إلى حقه منها، وهو قبل القبض غير واصل إليه، فعلى هذا لا يدخل في ملكه إلا بعد قبضه، فإن تمانع من القبض أجبره الحاكم عليه، ولو تلفت قبل قبضه، كانت تالفة من مال المعتق دون الشريك، وعلى المعتق غرمها، وعلى الوجهين معاً لو أبرأ الشريك من القيمة، لم يبرأ منها المعتق، لوقوع العتق بدفع القيمة، وليس الإبراء دفعاً، وهذا بخلاف إبراء المكاتب حيث عتق به، وقام مقام أدائه به، لأن عتق الكتابة عن مراضاة فغلب فيها حكم الديون في الذمم، وهذا المعتق عن إجبار فغلب فيها حكم العتق بالصفة، ولو مات العبد قبل دفع القيمة، ففي استحقاقها على المعتق وجهان: **أحدهما**: لا يستحق عليه، لأن العتق لم يحصل له، ويكون لمعتقه نصف ولائه. يستحق به نصف ميراثه، ونصفه الآخر رقاً لشريكه يملك به نصف ما تركه العبد من مال. **والوجه الثاني**: يستحق عليه الشريك قيمة حصته لمنعه من التصرف فيه، وحبسه على المعتق في حقه، فعلى هذا هل يكون دفع القيمة موجباً لنفوذ العتق فيه؟ على وجهين: **أحدهما**: يعتق، لأنه لا يجوز أن يغرم بحكم العتق ما لا ينفذ فيه العتق. **والوجه الثاني**: لا يعتق، لأنه لا يجوز أن يقع العتق بعد الموت. وإذا كان مكان العبد أمة حامل، فولدت قبل دفع القيمة، كانت حصة المعتق منه مولودة على الحرية، وحصة الشريك منه مولودة على الرق، والمعتق مأخوذ بقيمتها كالأم، ويعتقان معاً عليه بدفع القيمة.

ولو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، ففيه نصف دية جنين حر، ونصف دية جنين مملوك، فيكون فيه نصف الغرة، ونصف عشر قيمة أمه يرث المعتق ما وجب بحريته، ويملك الشريك، ما وجب برقه، ولا يضمن المعتق حصة الشريك من الجنين وجهاً واحداً، لأن الجنين، لا يضمن إلا بالجناية، ثم نفقة العبد، وزكاة فطره ساقطة عن معتقه، ومشتركة بينه وبين الشريك المالك لرق حصته، لا يسقط عنه إلا بعد عتقها، بأخذ قيمتها وإن اختلفا في القيمة، فالقول فيها قول الشريك دون المعتق، لبقائها على ملكه، فلم يزل إلا بقوله.

وإن قيل بالثالث: أن العتق في حصة الشريك، موقوف مراعى، فإن أخذ القيمة بَانَ بها، تقدم العتق بلفظ المعتق وجرى عليه أحكام القول الأول، وإن لم يصل إلى القيمة لم يعتق وجرى عليه أحكام القول الثاني، ودفع القيمة واجب في حق كل واحد منهما، فإن بذلها المعتق أجبر الشريك على قبضها، وإن طلبها الشريك أجبر المعتق على دفعها، وإن أمسك الشريك عن الطلب، وأمسك المعتق عن الدفع، كان للعبد أن يأخذ المعتق بالدفع، والشريك بالقبض، وإنما أخذهما ذلك لما استحقه عليهما من تكميل عتقه، فإن أمسك العبد مع إمساكهما كان للحاكم أن يأخذهما بتكميل العتق، لما فيه من حق الله تعالى.

وإذا مات العبد قبل دفع القيمة استحقها الشريك على المعتق، وجهاً واحداً، لأن دفعها يوجب تقدم عتقه باللفظ، ويكون ولاء نصفه مستحقاً للمعتق، وولاء نصفه الباقي موقوفاً على دفع القيمة، ويكون أكساب العبد في حياته يملك منها نصفها بحريته، ونصفها موقوف بينه وبين الشريك المالك لرقه وينفق منه على نفسه بقدر رقه.

وإذا أعسر المعتق بالقيمة بعد يساره، انظر بها إلى مسيرته وكان قدر الرق، والكسب على وقفه، فإن مات المعتق على إعساره ارتفع الوقف وتصرف الشريك في القدر المسترق وملك ما قابله من الكسب. وبالله التوفيق.

مسألة[1]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ وَصَاحِبُهُ مُوسِرٌ أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ وَأَنْكَرَ الآخَرُ عُتِقَ نَصِيبُ المُدَّعِي وَوُقِفَ وَلَاؤُهُ لأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كُلَّهُ وَادَّعَى قِيمَةَ نَصِيبِهِ عَلَى شَرِيكِهِ».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد بين شريكين ادعى أحدهما على صاحبه أنه أعتق حصته وهو موسر، وأن عتقه سرى إلى حصته، وطالبه بقيمة حصته، فلا يخلو المدعى عليه من أن يقر بالعتق، أو ينكر فإن أقر بالعتق عتقت عليه حصته بإقراره، وفي عتق حصة شريكه ثلاثة أقاويل: **أحدها**: يعتق بإقراره على نفسه ويؤخذ بقيمتها، ويكون له ولاء جميعه. **والقول الثاني**: لا تعتق حصة الشريك إلا بدفع القيمة إليه ويؤخذ بدفعها حتى يتكامل العتق بدفع القيمة. **والقول الثالث**: إن عتقها موقوف على دفع القيمة، فإذا دفعت بَانَ تقدم العتق باللفظ، وإن أنكر المدعى عليه العتق، فإن كان للمدعي بينة سمعت وهي شاهدان، وحكم عليه بعتقه لملكه وكان عتق حصة المدعي على الأقاويل الثلاثة، ولا يقبل فيها شاهد، وامرأتان، لأنها بينة في عتق، وإن عدمت البينة، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، أنه لم يعتق وحصته باقية على ملكه. وفي عتق حصة المدعي قولان:

أحدهما: وهو الذي نص عليه الشافعي في هذا الموضع أن حصته تعتق عليه، إذا قيل أن العتق يسري بنفس اللفظ، لأنه مقر على نفسه بما يضره، وينفع غيره، فقيل

(١) انظر الأم (٥/٢٦٨).

إقراره، على نصيبه ولم يقبل، دعواه على غيره.

والقول الثاني: لا يعتق عليه إذا قيل بالقولين الآخرين أن العتق يقع بدفع القيمة، أو أنه موقوف على دفع القيمة، وإن عتقت حصة المدعي على القول الأول، لم يسر عتقه إلى حصة المدعى عليه، لأنه عتق لزمه بغير اختياره فصار كمن ورث من رق ابنه سهماً، عتق عليه، ولم يسر إلى باقيه. وكان ولاء ما عتق منه، موقوفاً، لأنه لا يدعيه واحد منهما، وإذا لم تعتق حصة المدعي على القول الثاني كانت مقرة على ملكه، وفي جواز تصرفه فيها بالبيع والعتق وجهان: **أحدهما**: يجوز لاستقرار ملكه عليها بإبطال السراية إليها. **والوجه الثاني**: لا يجوز لإقراره بالمنع من ذلك في حق شريكه. فلو عاد المنكر فاعترف بالعتق بعد جحوده، عتق ملكه عليه، وكانت سراية عتقه إلى حصة الشريك على الأقاويل الثلاثة.

مسألة[1]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ ادَّعَى شَرِيكُهُ مِثْلَ ذَلِكَ عُتِقَ العَبْدُ وَكَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ قَالَ وَفِيْهَا قَوْلٌ آخَرُ إِذَا لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ الأَوَّلِ لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ الآخَرِ لأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِالأَوَّلِ (قال المزني) قَدْ قَطَعَ بِجَوَابِهِ الأَوَّلِ أَنَّ صَاحِبَهُ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كُلُّهُ وَقَدْ عُتِقَ نَصِيبُ المُقِرِّ بِإِقْرَارِهِ قَبْلَ أَخْذِهِ قِيمَتَهُ فَتَفَهَّمْ وَلَا خِلَافَ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ يَضُرُّهُ لَزِمَهُ وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا لَمْ يَجِبْ لَهُ وَهَذَا مُقِرٌّ لِلْعَبْدِ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ فَيَلْزَمَهُ وَمُدَّعٍ عَلَى شَرِيْكِهِ بِقِيمَةٍ لَا تَجِبُ لَهُ وَمِنْ قَوْلِهِ وَجَمِيعِ مَنْ عَرَفْتُ مِنَ العُلَمَاءِ أَنْ لَوْ قَالَ لِشَرِيْكِهِ بِعْتُكَ نَصِيْبِي بِثَمَنٍ وَسَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ وَأَنْتَ مُوسِرٌ وَإِنَّكَ قَبَضْتَهُ وَأَعْتَقْتَهُ وَأَنْكَرَ شَرِيْكُهُ أَنَّهُ مُقِرٌّ بِالعِتْقِ لِنَصِيبِهِ نَافِذٌ عَلَيْهِ مُدَّعٍ لِثَمَنٍ لَا يَجِبُ لَهُ فَهَذَا وَذَاكَ عِنْدِي فِي القِيَاسِ سَوَاءٌ وَهَذَا يَقْضِي لأَحَدِ قَوْلَيْهِ عَلَى الآخَرِ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ إِذَا أَعْتَقْتَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَأَعْتَقَهُ كَانَ حُراً فِي مَالِ المُعْتِقِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا فيما أراده الشافعي بهذه المسألة، فقال بعضهم: أراد بها أن يعود الشريك المنكر، لما ادعى عليه من العتق، فيعترف بأنه قد كان أعتق، فتعتق عليه حصته وتلزمه قيمة حصة شريكه، ويكون عتقها على الأقاويل الثلاثة: **أحدها**: يعتق عليه باعترافه، وتكون القيمة ديناً، في ذمته، وله ولاء جميعه، ويكون عتقه في القولين الآخرين موقوفاً على دفع قيمته.

وقال الأكثرون منهم إن مراد الشافعي بها أن يدعي كل واحد من الشريكين على صاحبه، أنه أعتق حصته، وهو موسر، فسرى العتق إلى نصيبه، واستحق به قيمة حصته، وينكر كل واحد منهما دعوى صاحبه، فإنهما يتحالفان مع عدم البينة، فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، قضى للحالف على الناكل، وإن حلفا معاً، أو نكلا ففي عتق حصة كل واحد منهما عليه قولان: **أحدهما**: قد عتقت حصة كل واحد منهما عليه، إذا قيل: إن العتق يسري باللفظ فيصير جميع العبد حراً، وولاؤه موقوفاً لأن كل

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٨).

واحد منهما ينفي أن يكون مالكاً لولائه. فإن تصادقا بعد التحالف والإنكار، حملا على مقتضى تصادقهما. **والقول الثاني**: أنها لا تعتق حصة واحد منهما بهذه الدعوى إذا قيل: بالقولين الآخرين أن حصة الشريك لا يعتق إلا بدفع القيمة أو أنها موقوفة على دفع القيمة، ويكون العبد بينهما على رقه، وفي جواز تصرفهما فيه بالبيع والعتق ما قدمناه من الوجهين.

ثم عاود المزني تصحيح القول الذي اختاره من سراية العتق إلى حصة الشريك بلفظ المعتق بخمسة فصول:

أحدها: إن قال قد قطع يعني «الشافعي» بجوابه الأول أن صاحبه زعم أنه حر كله، وقد أعتق نصيب المقر بإقراره قبل أخذه قيمته فتفهم.

فيقال للمزني: هذا إنما قاله الشافعي على أحد أقاويله الثلاثة أن العتق يسري باللفظ، ولم يقله على القولين الآخرين اقتصاراً بالتفريع على أحدهما اختصاراً وقد ذكرنا ما يقتضيه تفريعه على أحد أقاويله، فأغنى عن إعادته.

والفصل الثاني: قال المزني: ولا خلاف أن من أقر بشيء يضره لزمه، ومن ادعى حقاً لم يجب له، وهذا مقر للعبد بعتق نصيبه فلزمه، ومدع على شريكه قيمة لا تجب له.

وهذا قاله المزني تحقيقاً لاختياره، وتعليلاً لصحته، فمن أصحابنا من صحح هذا التعليل وأجراه في كل معلول به، لكنه تعليل لحكم القول إذا جعل العتق سارياً باللفظ. وليس بتعليل لصحته أنه يسري باللفظ. ومن أصحابنا من نقض تعليله، ومنع أن يكون جارياً في كل معلول به، فإن من ادعى أنه باع عبداً على زيد بثمن لم يقبضه، وأنكر زيد فهو مقر له بالعبد، ومدع عليه الثمن، وليس يلزمه تسليم العبد وإن كان مقراً به، كما لم يستحق الثمن وإن كان مدعياً له.

والفصل الثالث: قال المزني في قوله: «وجميع من عرفت من العلماء أن لو قال لشريكه: بعتك نصيبي بثمن، وأسلمته إليك، وأنت موسر، وأنك قبضته وأعتقته، وأنكر شريكه أنه مقر بالعتق لنصيبه، نافذ عليه، ومدع لثمن لا يجب له. وهذا وذاك عندي في القياس سواء، وهذا قضاء لأحد قوليه على الآخر» وهذا قاله المزني: احتجاجاً على وقوع العتق في حصة الشريك باللفظ والسراية بأن الشريك لو ادعى على شريكه أنه باعه حصته بثمن له فقبضه، وأنه سلم الحصة إليه وعتقها، وأنكر الشريك التسليم والعتق فحصة المدعي قد عتقت عليه قولاً واحداً عند جميع أصحابنا إذا كان بعد التسليم.

ولو قال: عتقته قبل التسليم كان في نفوذ عتقه عليه لأصحابنا وجهان: **أحدهما**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يعتق لأنه قد جعله معتقاً لملك. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يعتق لأنه قبل التسليم في حكم الحجر لارتهانه على ثمنه ثم إذا لزمه العتق على هذا التفصيل لم يكن فيه دليل على سراية العتق باللفظ دون القيمة، لوقوع الفرق بينهما بأنه في مسألة البيع جعله معتقاً لملك ينفذ فيه العتق، فلذلك

عتق عليه بهذه الدعوى، وفي مسألة السراية جعله معتقاً لغير ملكه فجاز أن لا تقع فيه السراية حين لم يقع عتق المباشرة، لأن العتق بالسراية يتفرع عن عتق المباشرة فلم يثبت حكم الفرع مع عدم أصله.

والفصل الرابع: قال المزني: وقد قال الشافعي: «لو قال أحدهما لصاحبه إذا أعتقته فهو حُرٌّ فأعتقه كان حراً في مال المعتق» وهذا قاله المزني إلزاماً لنفوذ العتق بسراية اللفظ دون دفع القيمة بأن أحد الشريكين لو قال لصاحبه: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر، فأعتق الشريك نصيبه، فإن كان معسراً فقد عتقه في حصته، ولم يسر إلى حصة شريكه، وعتقت حصة الشريك عليه بالصفة التي علقها بعتق صاحبه، وإن كان المعتق موسراً لم يعتق على الشريك حصته بالصفة على الأقاويل كلها سواء قيل: إن العتق يسري باللفظ، أو يقع بدفع القيمة، أو يكون موقوفاً.

وعند ابن أبي هريرة أنه يعتق بالصفة إذا قيل: إن عتقها في حق المعتق لا يقع إلا بدفع القيمة، ونصّ الشافعي وما عليه قول سائر أصحابه أنه لا يعتق بالصفة على الأقاويل كلها، لأنه لما عتق على المعتق بالسراية فقد تقدم عتقه على عتق الصفة، وإن قيل: لا يعتق عليه إلا بدفع القيمة، فقد أوقع عتقه حجراً في استحقاق الولاء على عتق باقيه فلم ينفذ عتق محجور عليه.

فإن قيل: فقد عقد الشريك صفة عتقه في حال هو فيها غير محجور عليه. قيل: هو وإن كان غير محجور عليه في هذه الحال فقد علق عتقه بصفة يصير فيها محجوراً عليه في ثاني حال.

والفصل الخامس: قال المزني: ودليل آخر من قوله إنه جعل قيمته يوم تكلم بعتقه، فدل أنه في ذلك الوقت حر قبل دفع قيمته. قيل للمزني: لا يختلف مذهب الشافعي أن قيمة حصة الشريك معتبرة بوقت العتق على الأقاويل كلها، لكن لا يدل اعتبارها بالعتق على وجوبها وقت العتق، كالجناية على العبد إذا سرت إلى نفسه، اعتبرت قيمته بوقت الجناية وإن وجبت بموته، وكالضارب بطن الأمة، إذا ألقت جنيناً ميتاً اعتبرت دية جنينها بقيمتها وقت ضربها وإن وجبت بإلقائه ميتاً. وقد أطال المزني فأطلنا ولو اختصر كان أولى به وبنا وإن مضى في خلال الكلام أحكام مستفادة.

مسألة[١]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسَوَاءٌ كَانَ بَيْنَ مُسْلِمِيْن أَوْ كَافِرِيْن أَوْ مُسْلِم وَكَافِرِ (قال المزني) وَقَدْ قَطَعَ بِعِتْقِهِ قَبْلَ دَفْع قِيمَتِهِ وَدَلِيل آخَرُ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّهُ جَعَلَ قِيمَتهُ يَوْمَ تَكَلَّمَ بِعِتْقِهِ فَدَلَّ أَنَّهُ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ حُرٌّ قَبْلَ دَفْع قِيمَتِهِ».

قال الماوردي: لا يخلو حال العبد بين الشريكين إذا أعتقه أحدهما من ثلاثة أقسام: أن يكون بين مسلمين يعتق أحدهما حصته فاعتباره بيساره وإعساره على ما قدمناه، وسواء كان العبد مسلماً أو كافراً.

---

(١) انظر الأم (٥/٢٦٨).

والقسم الثاني: أن يكون بين كافرين، فللعبد حالتان: **إحداهما**: أن يكون كافراً، فلا اعتراض عليهما في عتقه، ما لم يتحاكموا فيه إلينا، فإن تحاكموا فيه إلى حاكمنا ففي وجوب حكمه بينهما قولان: **أحدهما**: لا يجب ويكون فيه مخيراً وهم فيه مخيرون. **والقول الثاني**: يجب عليه الحكم، ويجب عليهم الالتزام، ويحكم بما يوجبه حكم الإسلام. **والحال الثانية**: أن يكون العبد مسلماً. فعلى حاكمنا أن يحكم بينهما فيه، وعليهما التزام حكمه لتعلقه بحق المسلم، فينفذ عتق المعتق وينظر حاله. فإن كان موسراً، وقيل: يسري عتقه بلفظه، لم يعترض عليه في دفع القيمة، ما لم يطالب بها الشريك، وكان له جميع ولائه، ولا يمتنع ثبوت الولاء لكافر على مسلم، لأنه كالنسب الذي يستوي فيه المسلم والكافر.

وإن قيل: إنه لا يعتق حصة الشريك إلا بدفع القيمة أو إنه موقوف مراعى، فعلى الحاكم أن يأخذ المعتق بتعجيل القيمة ليتعجل بها عتق المسلم ولا يبقى عليه رق لكافر، فإن عجلها وإلا أخذها الحاكم من ماله جبراً، فإن قبلها الشريك وإلا أعتقها عليه حكماً.

والقسم الثالث: أن يكون أحدهما مسلماً والآخر كافراً، فللعبد حالتان:

إحداهما: أن يكون كافراً، فيستوي فيه حكم الشريكين، سواء كان المعتق مسلماً أو كافراً وسواء كان معسراً أو موسراً.

والحال الثانية: أن يكون العبد مسلماً فلا يخلو حال معتقه منهما أن يكون هو المسلم، أو الكافر. فإن كان هو المسلم، عتقت حصته، وكان له ولاؤها فإن كان موسراً قوم عليه باقيه.

فإن قيل: بنفوذ عتقه بسراية لفظه، وقفت القيمة على مطالبة الشريك بها.

وإن قيل: إن عتقه لا يسري إلا بدفع القيمة، أخذ بتعجيلها لأن يتعجل عتقها، ولا يستديم الكافر ملك رقها. وإن كان معسراً لم يسر عتقه، وقيل: للشريك الكافر لا يقر ملكك على استرقاق مسلم، وأنت بين خيارين: إما أن تعتقه، أو تبيعه على مسلم، فإن دبره لم يقر تدبيره لما فيه من استيفاء رقه مدة حياته، وإن كاتبه ففي إقراره على كتابته قولان، وإن كان المعتق هو الكافر نفذ عتقه في حصته، ونظر فإن كان معسراً لم يسر عتقه وأقر رق باقيه على ملك الشريك المسلم وإن كان موسراً.

فإن قيل: بسراية عتقه بلفظه، عتقت عليه وكان فيها كالمسلم، لأنه يغرم قيمة متلف، يستوي فيه المسلم والكافر. وإن قيل: إن عتقه لا يقع إلا بدفع القيمة، فقد اختلف أصحابنا في هذا التقويم، هل يجري مجرى البيع، أو مجرى قيمة مستهلك؟ على وجهين: **أحدهما**: وهو قول المزني، وبعض المتأخرين، أنه تقويم مستهلك. فعلى هذا يقوم عليه كتقويمه على المسلم. ويؤخذ بتعجيل القيمة ليتعجل بها العتق. **والوجه الثاني**: وهو قول شاذ من المتأخرين أنه يجري مجرى البيع، فعلى هذا يكون جواز تقويمه في حق الكافر على قولين من ابتياع الكافر لعبد مسلم: **أحدهما**: يبطل

البيع، ويبطل التقويم، ويكون ملك رقه باقياً على الشريك المسلم. **والقول الثاني**: لا يبطل البيع، ولا يبطل التقويم، ويعتق في حق الكافر كما يعتق في حق المسلم، وهذا أظهرهما في التقويم. والأول أظهرهما في البيع، لإفضاء التقويم إلى العتق وإفضاء البيع إلى الملك.

مسألة[١]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَدَّى الْمُوسِرُ قِيمَتَهُ كَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ».

قال الماوردي: إنما يريد بيسار المعتق أن يكون مالكاً لقدر قيمة الباقي من رقه، وليس عليه فيه حق لغيره فاضلة عن قوته وقوت عياله في يومه وليلته، وسواء صار بعد دفع القيمة فقيراً أو كان غنياً.

فإذا تحرر عتق باقيه بدفع القيمة على الأقاويل كلها، وكان له ولاء جميعه بعتق المباشرة وعتق السراية واستحقاق الولاء بهما على سواء، لقول النبي ﷺ: «وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[٢] وهو معتق بالمباشرة والسراية، وسواء تماثل العتقان، أو تفاضلا، وأنه يسري عتق اليسير إلى الكثير كما يسري عتق الكثير إلى اليسير، واعتبار يساره وإعساره وقت العتق. فلو كان موسراً وقت العتق معسراً وقت التقويم فإن قيل: إن العتق يسري باللفظ لم يؤثر فيه حدوث اعتباره، وكانت القيمة ديناً عليه يؤخذ بها إذا أيسر. وإن قيل: إنه لا يعتق إلا بدفع القيمة، فما لم يحاكمه الشريك فيها، كانت حصته على وقفها، وإن حاكمه فيها وطلب القيمة، أو فسخ الوقف ليتصرف في حصته، كشف عن حال المعتق، فإذا ثبت عنده إعساره، حكم بفسخ الوقف كما يحكم للزوجة بفسخ النكاح إذا أعسر الزوج وجاز للشريك أن يتصرف في حصته بما شاء من بيع أو غيره. ولو كان موسراً ببعض الحصة معسراً ببعضها، عتق عليه من الحصة قدر ما أيسر بقيمته، وكان فيما أعسر به منها في حكم المعسر.

مسألة[٣]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً عتقَ نَصِيبُهُ وَكَانَ شَرِيكُهُ عَلَى مِلْكِهِ يَخْدُمُهُ يَوْماً وَيُتْرَكُ لِنَفْسِهِ يَوْماً فَمَا اكْتَسَبَ لِنَفْسِهِ فَهُوَ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والمعتبر بإعساره أن لا يملك قيمة الحصة الباقية لشريكه، ولا قيمة شيء منها وقت عتقه، فإن ملكها وعليه دين قد استحق فيها يصير باستحقاقها في الدين معسراً بها فهذا على ضربين: **أحدهما**: أن يكون الدين مؤجَّلاً لا يستحق تعجيله فيجري عليه حكم اليسار في عتق الحصة عليه، لأن في يده ما هو مقر على ملكه. **والضرب الثاني**: أن يكون الدين حالًّا ففيه قولان من اختلاف قوليه في الدين هل يمنع من وجوب الزكاة في العين؟: **أحدهما**: يجري عليه حكم اليسار، إذا قيل إن الدين لا يمنع من وجوب الزكاة في العين. **والقول الثاني**: يجري عليه حكم الإعسار إذا قيل: إن الدين يمنع من وجوب الزكاة في العين، فإذا كان معسراً بها نفذ

---

(١) انظر الأم (٥/٢٦٨).

(٢) تقدم تخريجه مرارًا.

(٣) انظر الأم (٥/٢٦٨).

عتقه في ملكه، ولم يسر إلى حصة شريكه.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يسري عتقه مع إعساره كما يسري مع يساره، وتكون القيمة ديناً عليه يؤخذ بها إذا أيسر كما يسري الطلاق في الزوجة إذا طلق بعضها في الأحوال كلها، لاستحالة أن يجتمع طلاق وإباحة، كذلك يستحيل أن يجتمع حرية ورق.

ودليلنا حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «وإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَقَدْ عَتَقَ فَأَعْتَقَ». ولأن المقصود بتكميل العتق رفع الضرر عن الشريك، بأن لا يختلف حكم الحرية والرق في عبده المشترك، وأن يصير العبد كامل التصرف، وسراية العتق مع إعسار المعتق أعظم ضرراً على الشريك من استبقاء رقه، فلم يجز أن يرفع أقل الضررين بأعظمهما، ووجب أن يرفع أعظمهما بأقلهما. والفرق بين العتق والطرق من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يجز أن يحصل في الزوجة شرك بين زوجين، وجاز أن يقع في الرق شرك بين مالكين لم يجز أن يتبعض الطلاق وجاز أن يتبعض الرق.

والثاني: أن طلاق بعض الزوجة يمنع من الاستمتاع بباقيها، وعتق بعض العبد لا يمنع من استخدام باقيه، فإذا ثبت أن حصة الشريك باقية على رقها بإعسار المعتق، فقال المعتق: أنا استدين واقترض قيمة حصة الشريك إن حدث له يسار بعد العتق، كان الشريك أملك بحصته ولم يؤخذ بإجابته.

فصل

فإذا تبعضت في العبد الحرية والرق بإعسار معتقه فقد قال الشافعي: «يخدم سيده يوماً ويترك لنفسه يوماً فما اكتسب فيه فهو له»، فأجرى عليه حكم المهايأة.

فاختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن المهايأة كانت متقدمة بين الشريكين، فلما أعتق أحدهما حصته أجرى العبد بعد العتق لبعضه عليها ولو لم يكن بين الشريكين فيها مهايأة لم يجز أن يستأنفها بعد العتق مع الشريك الباقي لنقصان تصرفه. **والوجه الثاني**: يجوز أن يقيم على المهايأة المتقدمة، ويجوز أن يستأنفها مع الشريك الثاني، لأن تصرفه بالحرية كامل في حقه من الكسب. **والوجه الثالث**: إن كان له كسب مألوف بصناعة معروفة يتماثل فيها كسب أيامه كلها جاز أن يستأنفها مع الشريك، وإن لم يكن له كسب مألوف، لم يجز أن يستأنفها معه وإن جاز ذلك للشريكين في الحالين، لأنهما قد يعدلان عند عدم الكسب إلى الاستخدام، وليس العبد كذلك في حق نفسه عند تعذر كسبه.

فإذا صحت المهايأة على ما ذكرناه من الوجوه الثلاثة فهي من العقود الجائزة دون اللازمة، ولكل واحد منهما فسخها متى شاء، وإذا كانا مقيمين عليها، يوماً للعبد، ويوماً للسيد، دخل فيها مألوف الكسب، ومألوف النفقة، فاختص العبد بما كسبه في يومه، ويحمل فيه ما لزمه من نفقته، واختص السيد في يومه بما كسب العبد، ويحمل فيه ما لزمه من نفقته.

فأما غير المألوف من الكسب، كالكنز واللقطة، وغير المألوف من النفقة، كزكاة الفطر، ففي دخولها في المهايأة وجهان: **أحدهما**: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وقول أبي سعيد الإصطخري أنهما داخلان في المهايأة، كالمألوف منها، فإن كانا في يوم العبد اختص بالكنز، واللقطة، وتحمل زكاة الفطر وإن كانا في يوم السيد اختص بذلك دون العبد. **والوجه الثاني**: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي، أنهما لا يدخلان في المهايأة لأنه قد يكون هذا في زمان أحدهما دون الآخر، فلا يتساويان فيه، ويكون حدوث ذلك في زمان أحدهما، موجباً لأن يكون بينهما وإن كان ما عداهما من المألوف جارياً على المهايأة.

مسألة(١): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ مَاتَ وَلَهُ وَارِثٌ وَرِثَهُ بِقَدْرِ وَلَائِهِ فَإِنْ مَاتَ لَهُ مُوَرِّثٌ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ شَيْئاً (قال المُزَنِيُّ) القِيَاسُ أَنْ يَرِثَ مِنْ حَيْثُ يُوَرَّثُ، وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّ النَّاسَ يَرِثُونَ مِنْ حَيْثُ يُوَرَّثُونَ وَهَذَا وَذَاكَ فِي القِيَاسِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة فيمن عتق بعضه، ورق بعضه، هل يرث ويورث؟ وهما فصلان:

أحدهما: هل يرث إذا مات له موروث، أم لا؟. وفيه بين الصحابة رضي الله عنهم خلاف محكي عن ابن عباس أنه يرث كالحر ميراثاً كاملاً، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وحكي عن علي عليه السلام أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية، ويحجب بقدر ما فيه من الرق، وبه قال المزني، وعثمان البتي، وذهب بقية الصحابة، وجمهور التابعين والفقهاء إلى أنه لا يرث إذا كان فيه جزء من الرق وإن قلّ، لأنه لما جرت عليه أحكام الرق فيما سوى الميراث، من نكاحه وطلاقه، وولايته، وشهادته، جرت عليه أحكام الرق في ميراثه، ولأن الرق مانع من الميراث، فإذا لم يزل الرق لم يزل مانع الميراث. قال المزني: «القياس أن يرث من حيث يورث».

قيل: قد يورث من لا يرث، كالجنين يورث ولا يرث، والعمة تورث ولا ترث، والجدة أم الأم، ترث ولا تورث، فلم يكن هذا قياساً مستمراً في غير المعتق بعضه، فلم يزل في المعتق بعضه. فإن قيل: فقد قال الشافعي: «الناس يرثون من حيث يورثون» قيل له: لم يقله الشافعي تعليلاً عاماً، فيجعله قياساً مستمراً، وإنما قاله رداً على من ألحق الولد بماء أبيه ولم يورث كل واحد منهم ميراث أب، وورث الولد من كل واحد منهم، ميراث ابن، فقال: الناس يرثون من حيث يورثون؛ لأنه كمل النسب، ولم يكمل الميراث فتوجه الرد به للشافعي، ولم يتوجه الرد به للمزني.

فصل

وإذا مات هذا الذي تبعضت فيه الحرية والرق هل يورث أم لا؟

---

(١) انظر الأم (٥/٢٦٨).

قال الشافعي في القديم: لا يورث، وهو قول مالك، ويكون ماله لسيده، لأنه إذا لم يرث بحريته، لم يورث بها. وقال في الجديد: يكون موروثاً عنه لورثته دون سيد رقه، لأن السيد لا يملك ذلك عنه في حياته، فلم يملكه بعد موته.

وقال في موضع ثالث: يكون ماله بين ورثته، وسيد رقه بقدر حريته ورقه. فاختلف أصحابنا في هذه النصوص الثلاثة. فكان أبو إسحاق المروزي في طائفة يخرجون هذه النصوص الثلاثة على ثلاثة أقاويل: **أحدها**: تكون لسيده دون ورثته. **والثاني**: تكون لورثته دون سيده. **والثالث**: تكون بينهما تورث عنه بقدر ما فيه من الحرية، ويكون للسيد بقدر ما فيه من الرق، تعليلاً بما ذكرناه.

وكان أبو علي بن أبي هريرة، وطائفة من بعض البصريين، يمتنعون من تخريج هذه النصوص على اختلاف الأقاويل، ويحملونها على اختلاف الأحوال، والذي نص عليه أنه يكون لسيده، فإذا كان قد مات في زمان سيده وقد استهلك ما كان قد ملكه بحريته يكون ماله لسيده دون ورثته، والذي نص عليه أنه يكون لورثته إذا كان قد مات في زمان نفسه، وقد أخذ السيد ما ملكه عند برقه، فيكون ماله لورثته دون سيده، ويكون بينهما إذا كان غير مهايأة، وفي يده مال بالحقين، كان بين الورثة والسيد ميراثاً بالحرية، وملكاً بالرق.

وقال أبو سعيد الإصطخري، يكون جميع ما يخلفه في الأحوال كلها بالحرية، والرق، منتقلاً إلى بيت المال، لا يملكه السيد، لأنه لا حق له في حريته، ولا يستحقه الورثة، لبقاء أحكام رقه، فكان بيت المال أولى الجهات باستحقاقه.

مسألة[1]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ لَا تَكُونُ نَفْسٌ وَاحِدَةٌ بَعْضُهَا عَبْدَاً وبَعْضُهَا حُرًّا كَمَا لَا تَكُونُ امْرَأَةٌ بَعْضُهَا طَالِقَاً وَبَعْضُهَا غَيْرَ طَالِقٍ قِيلَ لَهُ أَتَتَزَوَّجُ بَعْضَ امْرَأَةٍ كَمَا تَشْتَرِي بَعْضَ عَبْدٍ أَوْ تُكَاتِبُ المَرْأَةَ كَمَا تُكَاتِبُ العَبْدَ أَوْ يَهَبُ امْرَأَتَهُ كَمَا يَهَبُ عَبْدَهُ فَيَكُونَ المَوْهُوبُ لَهُ مَكَانَهُ؟ قَالَ: لا، قِيلَ: فَمَا أَعْلَمُ شَيْئَاً أَبْعَدَ مِنَ العَبْدِ مِمَّا قِسْتَهُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: قصد الشافعي بهذا أبا حنيفة، وابن أبي ليلى في وجوب السعاية، حين منعا أن تكون نفس واحدة بعضها حر وبعضها مملوك، لأن من منع من اجتماع الحرية والرق، أوجب السعاية ومن جوَّز اجتماعهما لم يوجبها؛ والشافعي ومالك لا يمنعان من اجتماعهما؛ فلذلك لم يوجبا السعاية وأبو حنيفة وابن أبي ليلى منعا من اجتماعهما؛ فلذلك أوجبا السعاية وكان من دليلهم على المنع من اجتماعهما شيئان: أورد الشافعي أحدهما وانفصل عنه، وأعرض عن الآخر، لأنه أضعف منه.

فأما الذي أورده الشافعي إن قالوا: لا يجوز أن تكون نفس واحدة بعضها حر، وبعضها رق، لتنافي أحكام الحرية والرق، كما لا يجوز أن تكون امرأة واحدة بعضها

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).

طالق، وبعضها غير طالق، لتنافي أحكام الزوجية والطلاق. فانفصل الشافعي عنه بالفرق المانع من الجمع بين الزوجة، والعبد من وجهين: **أحدهما**: أن الاشتراك في العبد بأن يملكه جماعة يجوز لأن الرق يجوز أن يتبعض، والاشتراك في الزوجة بأن يتزوجها جماعة، لا يجوز لأن النكاح لا يجوز أن يتبعض، فلذلك جاز أن يكون العبد بعضه حر وبعضه مملوك، لأن رقه يتبعض في مالكيته فيتبعض في أحكامه، ولم يجز أن تكون الزوجة الواحدة بعضها طالق، وبعضها غير طالق، لأن نكاحها لا يتبعض في الأزواج، فلم يجز أن يتبعض في أحكامه. **والفرق الثاني**: أن العبد مملوك يجوز أن يباع ويورث ويوهب، لأن المقصود منه الملك، والملك يجوز أن يتبعض والزوجة غير مملوكة، لا يجوز أن تباع ولا توهب ولا تورث لأن المقصود منها الاستمتاع، والاستمتاع لا يجوز أن يتبعض.

وأما الثاني: من استدلالهم الذي أعرض عنه الشافعي، أن قالوا: الإيمان أصل للحرية، والكفر أصل للرق، فلمّا لم يجز أن يجتمع الإيمان والكفر في النفس الواحدة، لم يجز أن تجتمع الحرية والرق في النفس الواحدة. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه ليس الكفر موجباً للرق، لأنه قد يكون الكافر حراً، ولا الإيمان موجباً للحرية، لأنه قد يكون المؤمن مسترقاً، وإنما كانا سبباً لهما يزولان مع بقائهما.

والثاني: أنه لما جاز أن يطرأ الإيمان على رق ثابت، ولم يجز أن يطرأ الإيمان على كفر ثابت لم يجز أن يجتمع الإيمان والكفر، وجاز أن يجتمع الحرية والرق. والله أعلم.

مسألة(١): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ شَرِيكَانِ لأَحَدِهِمَا النِّصْفُ وَلِلآخَرِ السُّدُسُ معاً أَوْ وَكَّلَا رَجُلاً فَأَعْتَقَ عَنْهُمَا مَعاً كَانَ عَلَيْهِمَا قِيمَةُ البَاقِي لِشَرِيكَيْهِمَا سَوَاءٌ لَا أَنْظُرُ إِلَى كَثِيرِ المِلْكِ وَلَا قَلِيلِهِ (قال المزني) هَذَا يَقْضِي لأَحَدِ قَوْلَيْهِ فِي الشُّفْعَةِ أَنَّ مَنْ له كَثِيرُ مِلْكٍ وَقَلِيله فِي الشُّفْعَة سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد مشترك بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه، وأعتق صاحبا النصف والسدس حقهما معاً واجتماعهما عليه يكون من أحد ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن يجتمعا على اجتماع اللفظين حتى لا يتقدم أحدهما على الآخر بحرف، ولا مد ولا تشديد. **والثاني**: أن يعلقا عتقه بصفة واحدة، كقول كل واحد منهما: إن دخل هذا العبد الدار، أو طار هذا الغراب فنصيبي منه حر، فإذا دخل الدار، أو طار الغراب عتق نصيبهما معاً. **والثالث**: أن يوكلا في عتقه وكيلاً، فيعتقه عنهما بلفظ واحد، فإذا اجتمع عتقهما من أحد هذه الوجوه الثلاثة، وكانا موسرين، قومت حصة الثالث، وهي الثلث، عليهما بالسوية نصفين. وكان ولاؤه بين المعتقين فيصير لصاحب النصف ثلثا ولائه، ولصاحب السدس ثلث ولائه، ولا يعتبر فيهما قدر الملكين ويسوي بين من قلّ سهمه، وكثر.

---

(١) انظر الأم (٢٦٩/٥).

وقال مالك: يقوم عليهما بقدر الملكين، ويفضل بينهما لتفاضلهما في المالين، لأن التقويم مستحق بسراية عتقهما، وسراية كثير العتق أكثر من سراية قليله. ودليلنا رواية ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِركاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ قُوِّمَ عَلَيْهِ»(١) فاستوى فيه الواحد، والجماعة، لإطلاق أمره، ولأنهما قد اشتركا في إدخال الضرر على شريكهما بقليل الملك وكثيره، لأن قليله مدخل للضرر عليه مثل كثيره، فوجب أن يستويا في التقويم الموجب لرفع ضررهما، ولأن عتقهما يجري مجرى الجناية منهما، وهما لو اشتركا في جناية تفاضلا في عدد جراحها فجرحه أحدهما جراحة، وجرحه الآخر مائة جراحة كانت الدية بينهما على أعدادهما، ولا تتقسط على أعداد جراحهما، كذلك العتق يجب أن يكون معتبراً، بأعداد المعتقين، ولا يتقسط على أملاك المعتقين، وسراية العتق كسراية الجناية، فلم يسلم لمالك استدلاله.

فأما المزني فإنه قال: «إذا استويا في التقويم مع تفاضلهما في الملك وجب أن يكونا في الشفعة، كذلك إذا تفاضلا في الملك أن يستويا في الأخذ».

قيل في الشفعة قولان: **أحدهما**: أن الأمر فيها على هذا، وأن يشترك صاحب النصف والسدس فيها بالسوية كالعتق. **والقول الثاني**: أنهما يتفاضلان فيها بقدر المالين، وإن تساويا في العتق.

والفرق بينهما من وجهين: **أحدهما**: أن الشفعة مستحقة بالملك، فتقسطت عليه، والتقويم مستحق بالعتق، فاستويا فيه. **والثاني**: أن استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بالتزام مؤونة القسم وغيره، والمؤونة معتبرة بالملك، فتقسطت الشفعة على الملك، والتقويم مستحق بدخول الضرر بالعتق، الجاري مجرى الجناية، فتقسطت على المعتقين، دون الملك؛ ولو كانت المسألة بحالها، وكان صاحب النصف موسراً، ومعتق السدس معسراً، قومت الحصة كلها على معتق النصف، ولو كان معتق السدس موسراً ومعتق النصف معسراً، قومت الحصة كلها على معتق السدس، ولو كانا معسرين، لم تقوَّم على واحد منهما، وكانت الحصة على رقها لمالكها، فلو ادعى عليها اليسار فأنكراه حلفا له، ولا تقويم عليهما، وفي عتق الحصة على مالكها بهذه الدعوى قولان: يعتق عليه في أحدهما، إذا قيل إن العتق في حصته يقع بالسراية، ولا يعتق عليه في الثاني إذا قيل إنها لا تعتق، إلا بدفع القيمة.

ولو ادعى أحد المعتقين على الآخر اليسار، فإن كان المدعي معسراً، لم تسمع دعواه، لأنها غير مؤثرة في حقه وتسمع من مالك الحصة، لتأثيرها في حقه، ولو كان موسراً سمعت دعواه، لأنه يصير بيساره مشاركاً له في تحمل القيمة، ولا يسمع من مالك الحصة هذه الدعوى، لأنها غير مؤثرة في حقه. واللَّه أعلم.

مسألة(٢): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ العَبْدِ فَفِيهَا قَوْلَانِ

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).

أَحَدُهُمَا أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُعْتِقِ وَالثَّانِي أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ رَبِّ النَّصِيبِ لَا يَخْرُجُ مِلْكُهُ مِنْهُ إِلَّا بِمَا يَرْضَى (قال المزني) قَدْ قَطَعَ الشَّافِعِيُّ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بِأَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الغَارِمِ وَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ وَأَقْيَسُ عَلَى أَصْلِهِ عَلَى مَا شَرَحْتُ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْهِ لأَنَّهُ يَقُولُ فِي قِيمَةِ مَا أُتْلِفَ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الغَارِمِ وَلأَنَّ السَّيِّدُ مُدَّعٍ للزِّيَادَةِ الْبَيِّنَة وَالغَارِمُ مُنْكِرٌ فَعَلَيْهِ اليَمِينُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن قيمةَ حصة الشريك معتبرة بوقت العتق على الأقاويل كلها، ولا اعتبار بما حدث بعده من نقصان، لأن عتقه متردد بين أن يكون إتلافاً، أو سبباً للإتلاف، وكل واحد منهما موجب لاعتبار القيمة عند حدوثه، كالجناية على العبد إذا كانت قتلاً، أو سبباً أفضى إلى القتل، وتعتبر قيمته قتل عتق بعضه، لأن عتق البعض موكس لقيمته، وهذا الوكس بعتقه الجاري مجرى جنايته، فأما ما حدث بعد العتق من زيادة في قيمة الحصة فمحمول على الأقاويل الثلاثة في نفوذ عتقها فإن قيل: إنها عتقت بلفظ المعتق، لم يضمنها المعتق، وكذلك إن قيل بالثاني إن عتقها موقوف مراعى لم يضمنها، لأن دفع القيمة يدل على تقدم عتقها، وإن قيل: إنها تعتق بدفع القيمة ومعها ففي ضمان المعتق لما حدث من زيادة القيمة، بعد عتقه وقبل دفعها، وجهان: **أحدهما**: لا يضمنها، لأن سبب الإتلاف في اعتبار القيمة كالإتلاف. **والوجه الثاني**: يضمن الزيادة دون النقصان، كالغاصب في ضمانه لأكثر القيمة، لأن الزيادة حادثة على ملك الشريك فلم يجز أن يستهلك عليه بغير عوض.

فصل

فإذا تقرر ما وصفناه في اعتبار القيمة، فاختلفا فيها فقال: المعتق مائة، وقال الشريك مائتان. فإن كان العبد باقياً لم تتغير قيمته بتطاول الزمان، فلا اعتبار باختلافهما ويُقَوّمها ثقتان من أهل الخبرة، فإذا قوماها لم يخل حال ما ذكرناه من القيمة من خمسة أقسام:

أحدها: أن يوافق ما أقر به المعتق، وهو المائة فلا يلزمه غيرها، ولا يمين عليه فيها.

والثاني: أن يوافق ما ادعاه الشريك وهو المائتان فيستحقها ولا يمين عليه فيها.

والثالث: أن يكون وسطاً بينهما، غير موافقة لواحد منهما، وذلك بأن تقوَّم مائة وخمسين، فيحكم بها عليهما ولا يستحق الشريك أكثر منهما، ولا نقتنع من المعتق بأقلّ منهما.

والرابع: أن تكون زائدة على أكثرهما، وذلك بأن تقوَّم بمائتين وخمسين، فلا يحكم للشريك إلا بمائتين، لأنه بالاقتصار عليها مبرأٌ من الزيادة عليها.

والخامس: أن تكون ناقصة عن أقلهما وذلك بأن تقوم بخمسين، فلا نقتنع من المعتق بأقلّ من مائة، لأنه قد أقر بها، وإن تعذر تقويمه في زمان العتق، إما لموته، أو غيبته، وإما لتغير أحواله بالكبر بعد الصغر، أو بالمرض بعد الصحة، أو بالزمانة بعد السلامة، ففي اختلافها في القيمة قولان:

أحدهما: أن القول فيها قول المعتق مع يمينه، إذا قيل: إن عتقه قد يسري إلى حصة الشريك بلفظه، لأنه يصير غارماً. والقول في الغرم قول الغارم.

والقول الثاني: أن القول فيها قول الشريك مع يمينه، إذا قيل: ببقاء ملكه، إلى أن يأخذ قيمة حصته، لأن له عليها يداً لا تنتزع مع عدم البينة، إلا بقوله كالثمن في الشفعة، إذا اختلف فيه الشفيع والمشتري كان القول فيه قول المشتري.

وقال الربيع في كتاب «الأم»: وفيه قول آخر أنهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا وهو من تخريجه وليس بقول للشافعي، لأن تحالف المتبايعين موجب لارتفاع العقد فأفاد وتحالف هذين غير موجب لرفع العتق، فلم يفد وهما بعد التحالف عليها باقيان على الاختلاف فيها. وأما المزني فإنه أعاد نصرة اختياره، وفي بعض ما مضى من كلامه وجوابه مقنع. والله أعلم.

مسألة[1]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هُوَ خَبَّازٌ وَقَالَ الغَارِمُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَالقَوْلُ قَوْلُ الغَارِمِ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يجب على المعتق قيمة حصة شريكه فيدعي الشريك أن العبد كان صانعاً خبازاً، أو نجاراً، أو كاتباً فله القيمة الزائدة بصنعته، ويقول المعتق هو غير صانع فلك القيمة من غير زيادة بصنعته، فللعبد حالتان: حي وميت. فإن كان ميتاً فقد قال الشافعي: القول قول المعتق الغارم فاختلف أصحابنا فيه على طريقين: **إحداهما**: أنه على قولين، لأنه اختلاف في قدر القيمة، فكان على القولين الماضيين، وإنما نص الشافعي على أحدهما. **والطريقة الثانية**: أن القول فيه قول المعتق الغارم قولاً واحداً لأن الشريك يدعي حدوث صنعة ليست في الخلقة، والأصل أن ليست فيه هذه الصنعة، فكان القول فيه قول منكرها دون مدعيها، وإن كان العبد حياً يمكن اختبار حاله اختبرت فيه تلك الصنعة فإن كان لا يحسنها ردت دعوى الشريك، فيها ولا يمين له على المعتق، ولا تلزمه إلا قيمته غير صانع، فإن قال الشريك قد كان يحسن الصنعة، وقت العتق لكنه نسيها بعلة، فإن كان زمان العتق قريباً؛ لا تنسى الصنعة في مثله لم نسمع منه هذه الدعوى، وإن تطاول وجاز أن تنسى تلك الصنعة في مثله سمعت منه وأحلف عليها المعتق، ولم يلزمه إلا قيمته غير صانع.

ولو قال الشريك هو يحسن هذه الصنعة، ولكنه قد كتمها، وامتنع من إظهارها. فقوله محتمل، وهو منسوب إلى العبد دون المعتق، لكن لا يجوز أن يدعيه على العبد، لأنه لا يجب به عليه حق، ولا يدعيه على المعتق، لأنه منسوب إلى غيره إلا أن يدعي عليه علمه بكتمانه فتتوجه الدعوى إليه، ويحلف على النفي أنه كتم ما يحسن، ولو اختبر العبد فكان يحسن الصنعة نظر، فإن قصر زمان ما بين العتق والتقويم عن تعلم تلك الصنعة، ثبت تقدمها، ولم يحلف الشريك عليها، واستحق قيمته صانعاً، وإن

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).

تطاول واتسع لتعلم تلك الصنعة، صار تقدمها داخلاً في الجواز فصار كادعائها في ميت، فيكون على ما قدمناه في الميت من اختلاف أصحابنا على الطريقين: **أحدهما**: أنه على قولين. **والطريق الثاني**: أن القول فيه قول المعتق مع يمينه بالله. أنه كان وقت العتق غير صانع، ولم يحلف أنه غير صانع كما يحلف في الميت والله أعلم.

مسألة[1]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هُوَ سَارِقٌ أَوْ آبِقٌ وَقَالَ الَّذِي لَهُ الغُرْمُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَهُوَ عَلَى البَرَاءَةِ مِنَ العَيْبِ حَتَّى يَعْلَم (قال المزني) قَدْ قَالَ فِي الغَاصِبِ إِنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ أَنَّ بِهِ دَاءً أَوْ غَائِلَةً وَالْقِيَاسُ عَلَى قَوْلِهِ فِي الحُرِّ يَجْنِي عَلَى يَدِهِ فَيَقُولُ الجَانِي، هِيَ شَلَّاءُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ».

قال الماوردي: قد مضى اختلافهما في الصنعة الزائدة، وهذه المسألة في اختلافها في عيب ينقص من القيمة فيدعي المعتق أنه كان سارقاً، أو آبقاً، فعليه قيمة عبد سارق، أو آبق ويقول الشريك كان سالماً ليس بسارق، ولا آبق.

قال الشافعي: القول فيه قول الشريك المالك مع يمينه أنه غير سارق، ولا آبق وله قيمة عبد سليم، فاختلف أصحابنا فيه على طريقين: **أحدهما**: أنه على قولين. **والطريق الثاني**: أن القول فيه قول المالك، وإن كان في الزيادة القول فيها قول الغارم فيختلف حكم الزيادة، والنقصان، فيكون في الزيادة بالصنعة القول قول منكرها، وهو الغارم، لأن الأصل عدم الزيادة ويكون في النقصان بالعيب القول قول منكرها، وهو المالك لأن الأصل السلامة من العيب فأما الغاصب إذا اختلف مع المالك في قيمة العبد المغصوب فادعى الغاصب أنه به داء، أو غائلة فقد حكى المزني عن الشافعي أن القول فيه قول الغاصب، دون المالك وجعل في ضمان العتق القول فيه قول المالك دون المعتق وضمان الغاصب والمعتق سيان فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين الجوابين مع تساوي الضمانين على وجهين:

أحدهما: أن دعوى الغاصب كانت في نقص يعود إلى أصل الخلقة من شلل، أو خرس يجوز أن يكون خلقة فيه، وطارئاً عليه، فكان القول فيه قول الغاصب الغارم، دون المالك، لأن المالك قد يقدر على إقامة البينة، أنه لم يكن به شلل ولا خرس، ولو كان مثل ذلك في دعوى المعتق لكان القول فيه قوله دون المالك كالغاصب.

والذي قاله في دعوى المعتق أن القول فيه قول المالك كان في ادعاء نقص طارىء، ليس من أصل الخلقة، كالإباق والسرقة، لأنه لم يخلق سارقاً ولا آبقاً فالقول فيه قول المالك دون المعتق، لأنه لا يقدر على إقامة البينة، أنه ليس بسارق ولا آبق، ولو كانت مثل هذه الدعوى من جهة الغاصب، كان القول فيها قول المالك كالمعتق.

والوجه الثاني: أن القول في الغصب قول الغاصب في النقض والقول في العتق قول المالك في النقصين والفرق بين الغصب، والعتق: أن الغصب استهلاك محصن لا

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).

يملك بغرمه شيئاً، فجعل القول فيه قول المستهلك والعتق معاوضة يملك المعتق به الولاء، فجعل القول فيه قول المتعوض فأما ما ذكره المزني في الجناية على الأعضاء، فإن كانت على أعضاء ظاهرة يمكن المجني أن يقيم البينة على سلامتها، فالقول في نقصها قول الجاني. وإن كانت على أعضاء باطنة، يتعذر إقامة البينة على سلامتها، ففي نقصها إذا ادعاه الجاني قولان ذكرناهما في الجنايات. والله أعلم.

مسألة(١): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَعتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيْهِ عِتْقاً بَتَاتاً ثُمَّ مَاتَ كَانَ فِي ثُلُثِهِ كَالصَّحِيحِ فِي كُلِّ مَالِهِ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن العتق في المرض المخوف الذي يتعقبه الموت معتبر في ثلث المعتق، فإن احتمله الثلث تحرر العتق، ونفذ، وإن عجز عن الثلث رد، وعاد المعتق رقيقاً، وهو قول جمهور الأئمة وحكي عن مسروق أنه من رأس المال وأصل التركة لصدقات الزوجات، وما يصرفه في النفقات والشهوات وهذا خطأ خالف به من سواه.

والنص الوارد فيه برواية عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أَعْبُدَ له عند موته، وليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فدعاهم، وجزأهم ثلاثة أجزاء، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وهذا نص يدفع كل خلاف. فإذا أعتق المريض شِرْكَاً له في عبد كان عتقه معتبراً من ثلث ماله، كما يكون عتق الصحيح من كل ماله، ويسري عتقه إلى حصة شريكه إذا احتملها الثلث، كما يسري عتق الصحيح إذا احتمله كل ماله. وإذا كان كذلك لم يحل حال الثلث من خمسة أقسام.

أحدها: أن يتسع الثلث لعتق المباشرة، وعتق السراية، فينفذ العتق في جميعه بالمباشرة ثم بالسراية، ويؤخذ من ثلثه قيمة حصة الشريك، ويكون له جميع ولائه.

والقسم الثاني: أن يعجز الثلث عن عتق المباشرة، وعتق السراية لاستحقاق تركته في دينه، ويرد عتقه في جميعه بالمباشرة، وبالسراية، ويعود إلى الرق، ويُبَاعُ في الدَّيْنِ.

والقسم الثالث: أن يتسع الثلث لأحد المعتقين، ويعجز عن الآخر، فيجعل الثلث مصروفاً في عتق المباشرة دون عتق السراية، لأن عتق المباشرة أصل وعتق السراية فرع كعتق المعسر.

والقسم الرابع: أن يتسع الثلث لأحدهما، وبعض الآخر، فيكمل عتق المباشرة، ويجعل النقص في عتق السراية كعتق من أيسر ببعض حصة شريكه.

والقسم الخامس: أن يتسع الثلث لبعض أحدهما، ويعجز عن الباقي، فيجعل البعض نافذاً في عتق المباشرة، ويرد الباقي في عتق المباشرة، ويبطل عتق السراية، فلو قال الورثة: نحن نمضي عتق المباشرة، ونغرم عتق السراية كان لهم تكميل العتق في

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).

المباشرة، ولم يكن لهم تجاوزه إلى عتق السراية، لأن المعتق معسر به، وهو لو أراد ذلك في جناية منع، فكان ورثته بالمنع أحق.

مسألة(١): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ نَصِيبٍ مِنْ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ لَمْ يُعْتِقْ بَعْدَ المَوْتِ مِنْهُ إِلَّا مَا أَوْصَى بِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا وصى بعتق شِرْك له في عبد أن يُعتق عنه بعد موته، كان عتق حصته معتبراً في ثلثه، ومستحق تحريرها على ورثته، ولا يعتق عليه بالموت حتى يعتقها الورثة عنه، ولو قال: إذا مت، فنصيبي منه حر عتق عليه بالموت، ولم يعتبر فيه عتق الورثة له لأنه جعل الموت في هذا صفة للعتق، وجعل الموت في ذلك وصية بالمعتق، ثم يستويان في اعتبارهما من الثلث، فإذا احتمل الثلث قيمة نصيبه عتق عليه، ولا يسري العتق بعد الموت إلى حصة شريكه، وإن كان الثلث متسعاً لقيمتها، لأن ملكه قد زال عنه بالموت إلا قَدْرَ ما استثناه في وصيته، فلو وصى بعتق نصيبه بعد موته، وبعتق نصيب شريكه، قال أبو حامد الإسفراييني تصح وصيته بعتقها إذا احتملها الثلث؛ لأنه بالوصية مستثنى لهما من ماله، فصار موسراً بهما كالحر، فصار عتق نصيبه مباشرة، وعتق نصيب الشريك سراية، وهذا عندي ليس بصحيح، بل تصح الوصية بعتق نصيبه، ولا تسري إلى نصيب شريكيه لأمرين: **أحدهما**: أنه موصي بعتق ملك غيره، فلم يلزم غيره. **والثاني**: أن عتق السراية ما سرى بغير اختيار ولا وصية، وهذا موجود في عتق الحي، ومعدوم في عتق الميت، ولكن لو كان الموصي يملك جميع العبد، فوصى بعتق بعضه بعد موته، ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في الحي إذا أعتق بعض عبده، هل ينفذ العتق في جميعه مباشرة أو سراية؟

فأحد الوجهين: أنه يعتق عليه جميع العبد مباشرة، فإذا أوصى بعتق بعضه عتق عليه جميعه.

والوجه الثاني: يعتق باقيه على الحي بالسراية، فإذا أوصى بعتق بعضه عتق ذلك البعض، ولم يسر إلى جميعه، وإذا عجز الثلث عن عتق ما أوصى به رد العتق إلى ما اتسع له الثلث إلا أن يمضيه الورثة فيما زاد على الثلث، فيمضي عتقه وبالله التوفيق.

بَابٌ فِي عِتْقِ العَبِيدِ لاَ يَخْرُجُونَ مِنَ الثّلث

مسألة(٢): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ رَجُلٌ سِتَّةَ مَمْلُوكِيْنَ لَهُ عِنْدَ المَوْتِ لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُمْ جُزِّئُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاء وَأُقْرِعَ بينهم كما أقرع النَّبِيُّ ﷺ فِي مِثْلِهِمْ وَأُعْتَقَ اثْنَيْنِ ثُلُثَ المَيِّتِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً لِلْوَارِثِ وَهَكَذَا كُلُّ مَا لَمْ يَحْتَمِلِ الثُّلُثَ أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ وَلَا سِعَايَةَ لأَنَّ فِي إِقْرَاعِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمْ وَفِي قَوْلِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً فَقَدْ عُتِقَ مِنْهُ مَا عُتِقَ إِبْطَالاً لِلسِّعَايَةِ مِنْ حَدِيْثَيْنِ ثَابِتَينِ. وَحَدِيْثُ سَعِيْدِ بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ فِي السِّعَايَةِ ضَعِيْفٌ

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).

وَخَالَفَهُ شُعْبَةُ وَهِشَامٌ جَمِيْعاً وَلَمْ يَذْكُرُوا فِيْهِ اسْتِسْعَاءً وَهُمَا أَحْفَظُ مِنْهُ».

قال الماوردي: إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا يملك غيرهم، ولم يمض الورثة عتقهم جزِّئوا ثلاثة أجزاء بالعدد إن تماثلوا، أو بالقيمة إن تفاضلوا على ما سنصفه من بعد، وأقرع بينهم لتتميز الحرية بها، ويتميز الرق بها في ثلثهم، وسواء كانوا ستة أو أكثر أو أقل وإنما ذكر الشافعي الستة إتباعاً للخبر، فإذا جزأهم، وهم ستة جعل كل اثنين جزءاً، وأقرع بينهم، فأعتق اثنين، جمعهما جزء خرجت عليه قرعة الحرية، وأرق أربعة جمعهم جزءان خرجت عليهم قرعة الرق.

وقال أبو حنيفة: لا تجزئة، ولا قرعة، ويعتق من كل واحد منهم ثلاثة، ويستسعيا في قيمة باقية، لتتكامل حريته بالعتق والسعاية، فخالفنا في ثلاثة أحكام: **أحدها**: التجزئة لتتكامل بها حرية بعضهم، ورق بعضهم، فنحن نجزئهم، وهو لا يجزئهم. **والثاني**: تمييز الحرية من الرق بالقرعة نحن نقرع لتمييزهما، وهو لا يقرع. **والثالث**: وجوب السعاية ليمنع بها من حرية بعض العبد، واسترقاق بعضه، ونحن لا نوجبها، ويجوز حرية بعضه، واسترقاق بعضه.

وأما السعاية، وتبعيض الحرية، والرق، فقد تقدم الكلام فيها.

وأما التجزئة والقرعة، فالكلام في هذا الموضع مختص بهما: فأما التجزئة لتتكامل بها الحرية في جزء، ويتكامل بها الرق في جزأين، فمنع منه أبو حنيفة استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن العتق في المرض كالوصية لاعتبارهما في الثلث، وقد ثبت الإجماع أنه لو أوصى بستة أعبد لا مال له غيرهم أمضيت الوصية في ثلث كل واحد منهم، ولا يكمل في اثنين منهم وجب أن يكون عتقهم بمثابته في حرية الثلث من كل واحد منهم، ولا يكمل في اثنين منهم.

والجواب عنه من وجهين: **أحدهما**: أن المقصود بالوصية التمليك، وهو موجود في الاشتراك، فلم يلزم تكميله بالقرعة، والمقصود بالرق إزالة أحكام الرق، وهو غير موجود في الاشتراك، فلم يلزمه تكميله بالقرعة. **والثاني**: أن الموصي لم يقدر على إجازة حقه بالقسمة، فاستغنى عن تكميله بالوصية، والمعتق لا يقدر على ذلك، فافتقر إلى تكميله بالقرعة.

والاستدلال الثاني: أن قالوا: إن حكم المريض في ثلث ماله كحكم الصحيح في كل ماله، ثم ثبت أن الصحيح لو ملك الثلث من ستة أعبد، فأعتقهم لم يكمل عتقه في اثنين منهم، وعتق من كل واحد منهم ثلثه وهو قدر ما يملكه، فوجب مثله في المريض إذا ملكهم، وأعتقهم، وحقه في الثلث منهم أن يعتق من كل واحد منهم ثلثه ولا يكمل عتقه في اثنين منهم. والجواب عنه من وجهين: **أحدهما**: أن مالك الثلث يكون مكملاً لهم من ملك غيره فمنع والمريض يكمل للثلث في ملك نفسه، فلم يمنع. **والثاني**: أن مالك الثلث لو عين عتقه في اثنين منهم لم يجز، والمريض لو عين عتقه في اثنين منهم جاز فافترقا.

فصل

وأما القرعة التي تتميز بها الحرية من الرق، فمنع منها أبو حنيفة استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن القرعة رجم بالغيب تنقل الحرية إلى الرق، والرق إلى الحرية، فجرت مجرى الأزلام التي منع منها الشرع بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠] والجواب عنه من وجهين: **أحدهما**: أن القرعة إنما دخلت لتمييز عتق مطلق غير معين فلم تنقل الحرية إلى رق، ولا رقاً إلى حرية، ألا ترى لو عين العتق في اثنين منهم لم ينقل بالقرعة إلى غيرهم. وإنما يقرع إذا أطلق العتق في الستة، واستحق في اثنين منهم دخلت لتمييز ما يعتق، ويرق. **والثاني**: أن القرعة خارجة عن حكم الأزلام التي هي رجم بالغيب؛ لأنهم كانوا يعتقدون في الأزلام أنها هي الآمرة، وهي الناهية، وكانوا يكتبون على أحدهما: أمرني ربي، وعلى الآخر: نهاني ربي، وآخر يجعلونه عقلاً، ويجرونها مجاري النجوم التي يعتقد المنجم أنها هي الفاعلة، فنهى الله تعالى عنها، ولم يرد الشرع بإباحة شيء منها.

والقرعة مميزة لحكم وجب بالشرع، لأنها قد عمل بها الرسول ﷺ في الشرع، ووافق عليها في كثير من الأحكام، فلم يجز أن تجعل القرعة التي ورد الشرع بها مجرى الأزلام التي نهى الشرع عنها.

والاستدلال الثاني: أن قالوا لو كانت القرعة دليلاً لم تتناقض، لأن أدلة الله لا تتناقض، واستعمال القرعة مُوْجِبٌ للتناقض، لأنها لو أعيدت ثانية لخرجت بغير ما خرج به الأول، فلم يجز أن تستعمل. والجواب عنه من وجهين: **أحدهما**: أنه لما لم يمنع هذا المعنى من دخول القرعة في قسمة الأملاك لم يمنع منها في العتق. **والثاني**: أنه لا تناقض فيها، لأنها لا تستعمل إلا مرة، فكانت دليلاً في الأول، ولم تكن دليلاً في الثاني فلم يدخلها إذا كانت دليلاً تناقض وإن دخلها إذا لم تكن دليلاً تناقض.

فصل

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه في الأمرين من التجزئة والقرعة من وجهين: نص واستدلال.

فأما النص: فوارد من طريقين اثنين:

أحدهما: عن عمران بن الحصين رواه الشافعي عن عبد الوهاب بن عبد الحميد عن أبي قلابة عن أبي المهلَّب عن عمران بن الحصين: أن رجلاً من الأنصار أعتق عند موته ستة مملوكين ليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، «فَقَالَ قَوْلاً شَدِيداً ثم دَعَاهُمْ، فَجَزَّأَهُمْ ثلاثَةَ أَجْزَاءٍ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً»(١).

والطريق الثاني: عن أبي سعيد الخدري رواه حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن

---

(١) تقدم تخريجه.

سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري: أن رجلاً أعتق ستة مملوكين عند موته، فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ: «فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَرَدَّ أَرْبَعَةً إِلَى الرِّقِّ».

فدل هذا الحديث على ثلاثة أحكام خالف فيها أبو حنيفة: **أحدها**: أنه جزأهم ثلاثة أجزاء، لتتكامل الحرية والرق، وأبو حنيفة لا يجزئهم. **والثاني**: أنه أقرع بينهم لتمييز الحرية من الرق، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم. **والثالث**: أنه كمل الحرية في اثنين، والرق في أربعة، وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، ويرق ثلثيه، وما خالف النص كان مدفوعاً.

فإن قالوا: معنى هذا الحديث مستعمل في غير ما قلتموه، وهو أن قوله: «جَزَّأَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ» أي: جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً.

وقوله: «أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ» أي: استقصاء في اعتبار القيمة اشتقاقاً من المقارعة، لا من القرعة مأخوذ من قولهم: قرع فلان فلاناً إذا استقصى عليه.

وقوله: أعتق اثنين، وأرق أربعة أي أعتق سهمين، وأرق أربعة أسهم.

قيل: هذا تأويل معدول به عن الظاهر بغير دليل، ويبطل بالدليل. أما قولهم: إن معنى جزأهم أي جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً، فليس بصحيح، لأن هذه تجزئة الأحكام دون الأعيان، وحمل التجزئة على الأعيان أولى من حملها على الأحكام؛ لأمرين: **أحدهما**: أن تجزئة الأحكام معلومة بالعتق، فاستغنت عن تجزئة الرسول ﷺ. **والثاني**: أنها فعل، والفعل متوجه إلى الأعيان دون الأحكام.

وأما قولهم: إن معنى أقرع أي استقصى في القيمة، فليس بصحيح من وجهين:

أحدهما: أنه لو أعتق من كل واحد ثلثه، لم يحتج إلى اعتبار القيمة.

والثاني: أن القرعة بينهم لا تكون قرعة في قيمتهم.

وأما قولهم: «أعتق اثنين» أي: سهمين «وأرق أربعة» أسهم فليس بصحيح من وجهين: **أحدهما**: أنه لو كان ما قالوه لكان العتق بينهما والرق سهمين. **والثاني**: أن التجزئة مغنية عن هذا فلم يجز أن يحمل على ما لا يفيد، وهذا مُغْنٍ عن التجزئة، فلم يجز أن يفعل ما لا يفيد.

وأما الاستدلال عليهم فمن وجهين: **أحدهما**: على جواز التجزئة لتكميل الحرية، وتكميل الرق. **والثاني**: على جواز القرعة لتمييز الحرية من الرق.

وأما الدليل على جواز التجزئة لتكميل الحرية والرق، فمن وجهين:

أحدهما: أن التجزئة موافقة لأصول الوصايا أن لا يمضي في الوصايا إلا ما يحصل للورثة إلا مثلاه، فإذا جزئوا أثلاثاً، وعتق منهم اثنان، رق أربعة للورثة، فصار لهم مثلاً ما خرج بالعتق، وإذا أعتق ثلثهم على ما قالوا، واستسعوا في باقيهم خرج بالعتق ما لم يحصل للورثة مثلاه، وتردد مال السعاية بين أن يحصل، فيتأخر به حقوق الورثة، وبين أن لا يحصل، فتبطل به حقوق الورثة، وما أدى إلى واحد منهما كانت الأصول مانعة منه.

والاستدلال الثاني: أن في التجزئة إيصال الورثة إلى حقوقهم من غير التركة، فيصير المعتق مستوعباً لتركته، وحقه في ثلثها، والوارث ممنوع منها، وقد استحق ثلثيها.

وما أدى إلى هذا كان الشرع مانعاً منه.

وأما الدليل على جواز القرعة لتمييز الحرية من الرق، فمن وجهين:

أحدهما: ما روي أن عمر بن عبد العزيز، رضي الله عنه، استشار خارجة بن زيد ابن ثابت، وأبان بن عثمان في القرعة بين العبيد في الحرية والرق، فأشارا عليه باستعمالها فيه، فعمل بها، ولم يظهر في عصره مخالف فيها، فصار قول ثلاثة من التابعين انعقد بهم الإجماع.

والاستدلال الثاني: أنه لما استعملت القرعة في قسمة الأملاك المشتركة ليتميز بها نقل أملاك عن ملاك، كان استعمالها في ملك الواحد ليتميز بها حرية ملكه من رقه أولى من وجهين: **أحدهما**: أنه في ملك واحد، وذلك في ملك جماعة. **والثاني**: أن في العتق حقاً لله تعالى، فكان بنفي التهمة أحق.

فصل

فإذا ثبت ما ذكرنا من تجزئتهم، والإقراع بينهم، فحكمهم موقوف في بقاء المعتق في مرضه لا يجري عليه حكم العتق، لجواز أن يحدث عليه دين يستغرق قيمتهم، فيرقوا، ولا يجري عليهم حكم الرق لجواز أن يفيدها ما لا يخرجون من ثلثه، فيعتقوا ولا يجزؤون، ويقرع بينهم، لأنه غير موروث في حياته، وقد يجوز أن يصح، فلا يورث، وتكون أكساب العبيد المعتقين موقوفة على ما يستبين. فإذا مات المعتق وجبت التجزئة، واستعملت القرعة واعتبر قدر التركة ليكون العتق معتبراً بثلثها إذا أقنع الورثة من إجازته، ولو كان للمعتق في مرضه مال يخرجون من ثلثه لم يحكم بعتقهم قبل موته، لجواز أن يتلف ماله، فلا يصل إلى ورثته أو يركبه دين يسترقون في قضائه.

فصل

فإذا مات المعتق، وأقرع بينهم كان من خرج عليه سهم العتق حراً بلفظ المعتق، وملك جميع أكسابه في حياة معتقه.

ومن خرج عليه سهم الرق مملوكاً لم يزل، وجميع أكسابه تركة موروثة، ولا تقع بالقرعة حرية ولا رق، وإنما لتتميز بها الحرية من الرق.

وحكي عن مالك أن بالقرعة يقع العتق، لأن رسول الله ﷺ: «حِينَ أَقْرَعَ بَيْنَ الْعَبِيدِ السِّتَّةِ أَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً» وهذا المحكي عنه ليس بصحيح من وجهين: **أحدهما**: أنه لما كان خروجهم من الثلث موجباً لعتقهم بلفظ المالك، وجب إذا عجز الثلث عنهم أن تكون حرية من عُتِقَ منهم بلفظ المالك. **والثاني**: أن عتقهم بالقرعة مبطل لعتق المالك، وإبطال عتق المالك موجب لإبطال القرعة، وكل حكم علق بسبب أدى ثبوته إلى إبطال سببه، بطل الحكم بإثبات سببه.

فأما قولهم: إن النبي ﷺ: «أَقْرَعَ، فأعتق اثنين، وأَرَقَّ أربعة»، فلم يكن العتق إلا من المالك، فصارت القرعة تمييزاً للعتق من الرق ـ والله أعلم ـ.

بَابُ كَيفِيَّةِ الْقُرْعَةِ بَيْنَ الْمَمَالِيكِ وَغيْرِهِمْ

مسألة(١): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَحَبُّ الْقُرْعَةِ إِلَيَّ وَأَبْعَدُهَا مِنَ الحَيْفِ عِنْدِي أَنْ تُقْطَعَ رِقَاعٌ صِغَارٌ مُسْتَوِيَةٌ فَيُكْتَبَ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ ذِي السَّهْمِ حَتَّى يَسْتَوْظِفَ أَسْمَاءَهُمْ ثُمَّ تُجْعَلُ فِي بَنَادِقَ طِيْنٍ مُسْتَوِيَةٍ وَتُوزَنُ ثُمَّ تُسْتَجَفُّ ثُمَّ تُلْقَى فِي حِجْرِ رَجُلٍ لَمْ يَحْضُرِ الْكِتَابَةَ وَلَا إِدْخَالَهَا فِي الْبَنْدَقِ وَيُغَطَّى عَلَيْهَا ثَوْبٌ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أَدْخِلْ يَدَكَ فَأَخْرِجْ بَنْدَقَةً فَإِذَا أَخْرَجَهَا فُضَّتْ وَقُرِىءَ اسْمُ صَاحِبِهَا وَدُفِعَ إِلَيْهِ الجُزْءُ الَّذِي أَقْرَعَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أَقْرِعْ عَلَى الْجُزْءِ الثَّانِي الَّذِي يَلِيْهِ وَهَكَذَا مَا بَقِيَ مِنَ السَّهْمَانِ شَيْءٌ حَتَّى تَنْفَدَ وَهَذَا فِي الرَّقِيْقِ وَغَيْرِهِمْ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: اعلم أن القرعة تدخل في الأحكام لتمييز ما اشتبه إذا تعذر تمييزه بغيرها، لتزول فيه التهمة، ويخرج عن توهم الممايلة فوجب أن تستعمل على أحوط الممكنات فيها، وهي على ما وصفها الشافعي أحوط ممكن فيها، فاعتبر فما وصفه منها خمسة أشياء مبالغةً في الاحتياط، واحترازاً من الحيلة، وبعداً من التهمة.

وقال مالك: كيفما أقرع الحاكم بينهم، ولو بأقلام دواته أجزأ، وهذا عدول عن الاحتياط، وتعرض للارتياب الذي يُمْنَعُ منه الحكام.

واختار الشافعي أن تكون الرقاع في بنادق طين، وهو أولى من الشمع والحديد، لأن الشمع لَيّن تتم فيه الحيلة، والحديد شديد لا ينفتح، وإنْ لِيْنَ بالنار ربما أحرقت رقاعه. واختار ثانياً: بأن تكون البنادق متساوية الوزن والصفة، مدورة قد ملست، لئلا تختلف فتتميز. واختار ثالثاً: أن تجفف حتى تيبس، فلا تتم فيها حيلة. واختار رابعاً: أن توضع مغطاة، ويؤمر مَنْ لم يشاهدها بالإخراج حتى لا يرى ما تتوجه به إليه تهمة. واختار خامساً: أن يكون المخرج قليل الفطنة السلامة ليبعد من الإدغال والحيلة، فهذا أحوط ما يمكن فيها، وليس بعد ما ذكره الشافعي في صفتها من هذه الفصول الخمسة احتياط يؤمر به الحكام، فإن قصر في بعضها أساء، ولم يبطل حكمه. والله أعلم.

بَابُ الإِقْرَاعِ بَيْنَ الْعَبِيدِ فِي الْعِتْقِ وَالدَّيْنِ وَالتَّبْدِئَةِ بِالْعِتْقِ

مسألة(٢): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُجَزَّأُ الرَّقِيقُ إِذَا أُعْتِقَ ثُلُثُهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاء إِذَا كَانَتْ قِيمُهُمْ سَوَاءً وَيُكْتَبُ سَهْمُ الْعِتْقِ فِي وَاحِدٍ وَسهما الرِّقِّ في اثْنَيْنِ ثُمَّ يُقَالُ: أَخْرِجْ عَلَى هَذَا الْجُزْءِ بِعَيْنِهِ وَيُعْرَّفُ فَإِنْ خَرَجَ عَلَيْهِ الْعِتْقِ عُتِقَ وَرقَّ الجُزْءَانِ الآخرَانِ وَإِنْ خَرَجَ عَلَى الْجُزْءِ الأَوَّلِ سَهْمُ الرِّقِّ رقَّ ثُمَّ قِيلَ أَخْرِجْ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعِتْقِ عَلَى الجُزْءِ الثَّانِي عُتِقَ وَرقَّ الثَّالِثُ وَإِن خَرَجَ سَهْمُ الرِّقِ عَلَيْهِ عُتِقَ الثَّالِثُ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ قِيَمُهُمْ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٩، ٢٧٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٠).

ضُمَّ قَلِيلُ الثَّمَنِ إِلَى كَثِيرِ الثَّمَنِ حَتَّى يَعْتَدِلُوا فَإِنْ تَفَاوَتَتْ قِيَمُهُمْ فَكَانَ قِيْمَةُ وَاحِدٍ مائَة وَقِيمَةُ اثْنَيْنِ مائَة وَقِيْمَةُ ثَلَاثَةٍ مائَة جَزَّأَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ عَلَى القِيَمِ فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ وَاحِدٍ مائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ خَمْسِينَ، وَثَلَاثَةٍ خَمْسِينَ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعِتْقِ عَلَى الْوَاحِدِ عُتِقَ مِنْهُ نِصْفُهُ وَهُوَ الثُّلُثُ مِنْ جَمِيعِ المَالِ وَالآخَرُونَ رَقِيقٌ وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ اثْنَيْنِ عُتِقَا ثُمَّ أُعِيْدَتِ القُرْعَةِ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالْوَاحِدِ وَأَيُّهُمْ خَرَجَ سَهْمَهُ بِالعِتْقِ عُتِقَ مِنْهُ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ وَرَقَّ مَا بَقِيَ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ وَإِنْ خَرَجَ السَّهْمُ عَلَى الاثْنَيْنِ أَوِ الثَّلَاثَةِ فَكَانُوا لَا يَخْرُجُونَ مَعاً جُزِّئُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ وَأُقْرِعَ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ حَتَّى يُسْتَكْمَلَ الثُّلُثُ وَيُجَزَّأوْنَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ أَصَحُّ عِنْدِي مِنَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ».

قال الماوردي: وهذا الباب يشتمل على بيان استعمال القرعة، ويتضمن ثلاثة فصول: **أحدها**: في التجزئة. **والثاني**: في التعديل. **والثالث**: في الإخراج.

فأما التجزئة، فهو أن يجزئوا ثلاثة أجزاء إذا كان المقصود عتق الثلث لأن مخرجه من ثلاثة ولو كان المقصود عتق الربع جزأوا أربعة أجزاء لأن مخرجه من أربعة.

ولو كان المقصود عتق النصف جزأوا جزأين، لأن مخرجه من اثنين ثم على هذا.

وأما التعديل فمعتبر بأعداد العبيد وقيمهم، وهم في العدد والقيمة على ستة أقسام:

أحدها: أن يوافق عددهم مخرج الثلث، وتتساوى قيمهم، فيكونوا في موافقة العدد ثلاثة، أو ستة، أو تسعة، وتكون قيمة كل واحد منهم مائة درهم، فإن كانوا ستة جعل كل اثنين جزءاً، وكان الجمع بين كل اثنين معتبراً برأي الحاكم، فإن كان فيهم متناسبان أخوان أو أب وابن كان الجمع بينهما أولى من التفرقة وإن كان منهم أَمَتَان، فالجمع بينهما أولى من التفرقة، وإن كان فيهم زوجان فالجمع بينهما أولى من التفرقة؛ فإن فرق بين المتناسبين جاز إلا أن تكون أَمَةٌ معها ولد صغير، فلا يجوز أن يفرق بينهما في التجزئة، لئلا تختلف أحكامهما، فيفرق بينها وبين ولدها، فتوله عليه، وقد ورد النهي عنه. وإن فرق بين الزوجين، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز كجواز التفرقة بين الأخوين والأمتين.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يفرق في التجزئة بين الزوجين، وإن جاز أن يفرق فيها بين الأخوين، ليجتمعا على الحرية والرق، ولا يختلفان فيها، فيفضي إلى فسخ النكاح المعقود في التفرقة بين الأخوين والأَمَتَيْنِ.

فإذا جزأوا أثلاثاً، وجمع بين كل جزأين اثنين كان الحاكم في الإخراج بين خيارين:

أحدهما: أن يكتب في الرقاع الأسماء، ويخرج على الحرية والرق، فيكتب سالماً وغانماً في رقعة، ونافعاً وبلالاً في أخرى، ونجاحاً وإقبالاً في الثالثة.

وهو فيما يقوله عند الإخراج من الحرية والرق بين أمرين:

أولاهما وأعجلهما إلى فصل الحكم: أن يقول: أخرج على الحرية، فإذا خرج أحد الأجزاء أعتق مَنْ فيها، ورق مَنْ في الجزأين الآخرين، لأنه لم يبق للعتق ما يخرج لأجله.

والثاني: أن يقول: اخرج على الرق، فإذا خرج أحد الأجزاء رق من فيه، وبقي جزءان أحدهما رقيق، والآخر حر وهو بين أمرين: إما أن يقول: أخرج على الرق، فيرق من فيه، ويعتق من في الجزء الثاني، وإما أن يقول: أخرج على الحرية، فيعتق من فيه، ويرق من في الجزء الباقي.

والخيار الثاني: أن يكتب في الرقاع الحرية والرق، ويخرج على الأسماء، فيكتب في رقعة عتقاً، وفي رقعتين رقاً.

ويقول: اخرج لسالم وغانم. فإن خرج لهما سهم الحرية عتقا، ورق الأربعة الباقون، وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وقال: اخرج لنافع وبلال فإن خرج لهما سهم العتق عتقا، ورق الآخران، وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وعتق الآخران. فهذا حكم القسم الأول في تجزئته وإخراجه.

والقسم الثاني: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ويمكن التعديل.

مثاله: أن يكونوا ستة، قيمة اثنين منهم مائتان، وقيمة اثنين منهم ثلاثمائة، وقيمة اثنين منهم أربعمائة. فإذا جمعت قيمهم كانت تسعمائة ثلثها ثلاثمائة فيجعل العبدان اللذان قيمتهما ثلاثمائة سهماً ونضم واحداً من العبدين اللذين قيمتهما مائتان إلى أحد العبدين اللذين قيمتهما أربعمائة، ويجعل كل اثنين منهما سهماً قيمته ثلاثمائة فتتعدل السهام الثلاثة في العدد والقيمة، ثم الحاكم في الإخراج بين خيارين على ما قدمناه من كتب الأسماء والإخراج على الحرية والرق وبين كتب الحرية والرق والإخراج على الأسماء.

والقسم الثالث: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ولا يمكن التعديل.

مثاله: أن يكونوا ستة، قيمة واحد منهم مائة، وقيمة اثنين منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، فمجموع قيمهم ثلاثمائة، فمذهب الشافعي المنصوص عليه أنه يجزأ سهامهم على القيمة دون العدد، فنجعل العبد الذي قيمته مائة سهماً، ونجعل العبدين اللذين قيمتهما مائة سهماً، ونجعل الثلاثة الذين قيمتهم مائة سهماً، وكان الإخراج على ما مضى من الخيارين، فإن خرج سهم العتق على الواحد الذي قيمته مائة عتق، ورق الخمسة، وإن خرج على العبدين اللذين قيمتهما مائة عتقا، ورق الأربعة، وإن خرج على الثلاثة الذين قيمتهم مائة عتقوا، ورق الثلاثة. وذهب بعض أصحابه إلى خلاف قوله فجزأهم على العدد دون القيمة لأن النبي ﷺ أقرع على العدد دون القيمة، فكان العدد أولى أن يكون معتبراً من القيمة فنجعل العبدين اللذين قيمتهما مائة سهماً، ويضم أحد العبيد الثلاثة الذين قيمتهم مائة إلى العبد الذي قيمته مائة، فيصير سهمه أكثر من مائة، وسهم الباقين أقل من مائة، ثم يقرع بينهم فإن خرج سهم العتق على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رق الأربعة الباقون فصار سهم العتق خارجاً على أكثر من الثلث، فلم ينفذ العتق في جميعها لزيادتهما على الثلث، وأقرع بينهما قرعة ثانية، فإن خرج سهم العتق على المقوم بمائة عتق، ورق الآخر، وإن خرج على المقوم بثلث المائة

عتق جميعه، وثلثا الآخر لاستكمال الثلث، ورق ثلثه الزائد على الثلث، وهذه طريقة غير مرضية، لما تقضي إليه من إعادة القرعة مراراً أو تبعض الحرية والرق في شخص واحد.

والقسم الرابع: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، ويمكن التعديل بينهم. مثاله: أن يكونوا ثمانية: قيمة واحد منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، وقيمة أربعة مائة، فمجموع قيمتهم ثلاثمائة، فيجزأون على القيم دون العدد وجهاً واحداً، وافق عليه من خالف فيما تقدم لأن العدد لما لم يوافق سقط اعتباره، فوجب أن يعتبر ما يعدل من القيمة فنجعل العبد المقوم بمائة سهماً، والثلاثة المقومين بمائة سهماً، والأربعة المقومين بمائة سهماً، فإن خرج سهم العتق على الواحد المقوم بمائة عتق ورق السبعة، وإن خرج على الثلاثة المقومين بمائة عتقوا، ورق الخمسة، وإن خرج على الأربعة المقومين بمائة عتقوا، ورق الأربعة.

وعلى هذا لو كانا عبدين قيمة أحدهما مائة، وقيمة الآخر مائتين جعلا سهمين، وأقرع بينهما، فإن خرج سهم المعتق على المقوم بمائة عتق جميعه، ورق جميع الآخر، وإن خرج على المقوم بمائتين عتق نصفه، ورق نصفه، وجميع الآخر.

والقسم الخامس: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، فلا يمكن التعديل في القيمة ولا في العدد. مثاله: أن يكونوا خمسة: قيمة أحدهم مائة، وقيمة الثاني مائتان، وقيمة الثالث ثلاثمائة وقيمة الرابع أربعمائة، وقيمة الخامس خمسمائة، فمجموع قيمهم ألف وخمسمائة ثلثها خمسمائة، ففي الإقراع بينهم قولان:

أحدهما: أنه لا يعتبر فيهم التعديل، لتعذره في القيمة والعدد، وتكتب أسماؤهم في رقاع بعددهم، وتخرج على العتق، فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق، ورق الأربعة الباقون، وإن خرج اسم المقوم بأربعمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائة، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلاثمائة عتق منه ثلثه، ورق ثلثاه، والثلاثة الباقون، إن خرج في الابتداء اسم المقوم بثلاثمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائتين عتق جميعه، ورق الثلاثة الباقون، ولو خرج في الابتداء سهم المقوم بمائتين عتق، وبقي بعده من الثلث ثلاثمائة فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق منه خمساه، ورق ثلاثة أخماسه الاثنان الباقيان، ثم على هذا القياس.

والقول الثاني: يجزأون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائة سهماً، ويجمع بين المقوم بأربعمائة، والمقوم بمائة، فيجعل سهماً ثانياً بخمسمائة سهم ويجمع بين المقوم بثلاثمائة والمقوم بمائتين، فيجعل سهماً ثالثاً، ثم يخرج على العتق، فأي السهام خرج عتق من فيه، وقد استكمل به الثلث، ورق الباقون.

فصل

والقسم السادس: أن تتساوى قيمهم، ولا يوافق عددهم.

مثاله: أن يكونوا أربعة قيمة كل واحد منهم مائة، فمجموع قيمهم أربعمائة، ثلثها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فتكتب أسماؤهم في الرقاع بعددهم قولاً واحداً، فإذا خرج اسم أحدهم عتق، وأخرج اسم ثان فأعتق ثلثه، ورق ثلثاه، وجميع الآخرين، ثم على هذا القياس. والله أعلم.

مسألة[1]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِبَعْضِ رَقِيْقِهِ جُزِّيءَ الرَّقِيْقُ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ ثُمَّ جُزِّئُوا فَأَيُّهُمْ خَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الدَّيْنِ بِيْعُوا ثُمَّ أَقرَعَ لِيَعْتِقَ ثُلُثَهُمْ بَعد الدَّيْنِ وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بَعْدَ ذَلِكَ بِعْتُ مَنْ عَتَقَ حَتَّى لَا يَبْقَى عَلَيْهِ دَيْنٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في عتق ودين يستوعبان التركة، وهو أن يكون له عبيد لا يملك غيرهم، وقد أعتقهم في مرض موته أو أوصى بعتقهم، وعليه دين يستوعب قيمهم أو قيمة بعضهم، فإن كان الدين مستوعباً لقيمهم ارتفع حكم العتق بالدين سواء أعتقهم في مرضه أو وَصَّى بعتقهم بعد موته، لأن العتق في المرض وبعده وصية تعتبر من الثلث، والدَّين مقدم على الوصايا، فلذلك بطل به حكم العتق، كما بطل به حكم جميع الوصايا والمواريث، وإن كان الدين غير مستوعب لقيمهم ارتفع حكم العتق فيما قابل قدر الدَّين، وكان باقياً فيما عداه. والدَّين خارج من أصل التركة، والعتق معتبر من ثلثها، فتصور المسألة في أسهل أمثلتها، ليكون مثالاً لغيره، وهو أن يكون له أربعة عبيد يعتقهم في مرضه، ولا مال له غيرهم، وقيمة كل عبد منهم مائة درهم، ويموت ويظهر عليه مائة درهم دَيْناً، فلظهور الدين حالتان: **إحداهما:** أن يظهر قبل تحرير العتق بالقرعة. **والثانية:** بعد تحريره بها.

فإن ظهر قبل القرعة وجب أن يقرع بينهم لقضاء الدين ثم يقرع بينهم للعتق فإن قيل: فقضاء الدين لا يحتاج إلى قرعة، كما لو اجتمع الدين مع الوصايا لم يقرع في التركة بين أرباب الديون والوصايا. قيل: إنما أقرع في الدين مع العتق، وإن لم يقرع فيه مع الوصايا لأمرين: فرق وتعليل.

فأما الفرق فهو أن القرعة لما استعملت في العتق إذا انفرد، ولم تستعمل في الوصايا إذا انفردت استعملت في العتق إذا اجتمع مع الدَّين، وإن لم يستعمل في الوصايا إذا اجتمعت مع الدَّين.

وأما التعليل: فهو أن العتق لا يترك بالعجز على إشاعته حتى يميز بالقرعة، فلم يجز أن يشاع ما دخله العجز إلا بالقرعة والوصايا تترك بالعجز على إشاعتها، ولا تميز بالقرعة، فجاز أن يشاع ما دخله العجز بغير قرعة.

وإذا وجب الإقراع للدَّين كما وجب الإقراع للعتق، وجب تقديم الإقراع للدَّين كما

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٠).

وجب الإقراع للعتق، لإمضاء العتق بعد قضاء الدين، ولم يجز أن يجمع في الإقراع الواحد بين قضاء الدين والعتق، كما وهم فيه بعض الفقهاء، لأمرين: **أحدهما**: لتقديم الدين على الوصايا. **والثاني**: يجوز أن تزيد قيمة من قرع في الدَّين، فتضم الزيادة إلى من أفرد للعتق أو تنقص القيمة، فتتمم ممن أفرد للعتق.

فإذا تقررت هذه الجملة، فمعلوم من صورة ما قلناه أن الدَّين مقابل لربع التركة، لأنه مائة والتركة أربع مائة، فوجب أن يُجَزَّأوا أرباعاً، ويكتبوا في أربع رقاع، والمقرع فيه بين خيارين: **أحدهما**: أن يكتب أسماءَهم، ويخرج على الدين، فمن خرج اسمه بيع فيه. **والثاني**: أن يكتب في رقعة ديناً، وفي ثلاثة رقاع تركة، ويخرج على الأسماء فمن خرج عليه سهم الدَّين بيع فيه، فإذا تعين المبيع في الدَّين بالقرعة لم يجز أن يقرع بين الباقين في العتق إلا بعد بيعه في الدَّين، لأنه قد يجوز أن تزيد قيمته، فيزاد على سهام العتق، ويجوز أن تنقص، فتتمم من سهام العتق، ويجوز أن يهلك فيقرع للدَّين ثانية من سهام العتق، فلذلك وجب التوقف على الإقراع للعتق حتى يباع القارع في الدَّين، ويقضى بثمنه جميع الدَّين ثم تستأنف قرعة العتق بين الثلاثة على ثلاثة أجزاء، فيعتق منهم من خرج عليه سهم العتق، ويرق من خرج عليه سهم الرق، فلو كانوا ثلاثة عبيد قيمتهم أربعمائة درهم، والدَّين مائة درهم، جُزِّئوا في الدين ثلاثة أجزاء على عددهم، فإذا خرجت فيه قرعة أحدهم بيع منه ثلاثة أرباعه، لأن قيمته مائة. وثلاثة وثلاثون وثلث. والمائة الدَّين هي ثلاثة أرباعها، ويبقى عبدان، وربع قيمتهم ثلاثمائة فيجزأون أثلاثاً، ويقرع بينهم للعتق، فإن خرج سهم العتق على أحد الكاملين عتق ثلاثة أرباعه، ورق ربعه مع جميع الآخر والربع الباقي من المبيع في الدَّين، وإن خرج سهم العتق على الربع الباقي من المبيع في الدَّين عتق، وقرع بين الكاملين، وأعتق من القارع نصفه، ورق نصفه، وجميع الآخر. والله أعلم.

فصل

وإذا كان ظهور الدين بعد تحرير العتق بالقرعة.

مثاله: أن يقرع بين العبيد الأربعة، فيعتق منهم عبد وثلث، ثم تظهر عليه مائة درهم ديناً لم يعلم به قبل القرعة، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي المنصوص عليه في المبسوط من كتاب «الأم» أن قرعة العتق ماضية، ويباع في الدَّين بما استرقه الورثة، وهو عبدان وثلثا عبد بمائة لقضائه للدَّين إن لم يقضوه من أموالهم، وهم بالخيار في بيع من شاؤوا منهم بغير قرعة، لأنه لا حق فيهم للمعتق، فلم يحتج في بيعه إلى قرعة، ويبقى معهم عبدان وثلثان، وقد صارت التركة بعد قضاء الدَّين ثلاثة عبيد قيمتهم ثلاثمائة، فيبقى للورثة تمام حقهم في الثلثين ثلث عبد، وقد خرج بالعتق عبد وثلث، فيقرع بين العبد والثلث، ليسترق منهما ثلث عبد يستكمل به الورثة ثلثي التركة، فإن خرجت قرعة الرق على ثلث العبد رق للورثة، وتحرر عتق الآخر كله، وإن خرجت على هذا الآخر الكامل العتق

قرعة الرق رق ثلثه، وعتق ثلثاه والثلث الآخر، وصار عتق العبد مبعضاً في عبدين، فهذا حكم الوجه الأول في استيفاء حكم القرعة الأولى.

والوجه الثاني: وهو قول طائفة من أصحاب الشافعي أن قرعة العتق تبطل بظهور الدين بعدها، كما كانت تبطل بظهور الدين قبلها، لأنها وقعت في غير حقها كأخوين اقتسما تركة ثم ظهر لهما أخ ثالث بطلت قسمتهما، ووجب أن يستأنفاها مع الثالث، فعلى هذا تنقض القرعة، ويعود من أعتق بها إلى الحكم الأول، ويبتدىء فيقرع بين الأربعة للدَّين، فيباع فيه أحدهم، ويبقى بعد المبيع في الدَّين ثلاثة يستحق عتق أحدهم، فيقرع بينهم للعتق، ويعتق منهم من قرع، ويرق الآخران.

والوجه الأول أصح؛ لأنه تحفظ به حرية من عتق وعبودية من رق، وعلى هذا الوجه الثاني قد يعتق به من رق، ويرق به من عتق. والله أعلم.

فصل

ولو كان العبيد الأربعة على حالهم، وعليه مائة درهم ديناً فأقرع بينهم للدَّين، وبيع فيه أحدهم، ثم أقرع بين الثلاثة الباقين للعتق، وأعتق أحدهم، ورق للورثة اثنان منهم ثم ظهر عليه مائة درهم ثانية ديناً، كان على الوجهين المتقدمين:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي يباع في الدَّين أحد العبدين المسترقين، ويسترق من العبد المعتق ثلثه، فيصير للورثة عبد وثلث، وينفذ بالعتق ثلثا عبد.

والوجه الثاني: تبطل قرعة العتق، ويستأنف القرعة بين الثلاثة للدَّين، فإذا قرع فيه أحدهم بيع للدَّين سواء كان محكوماً بعتقه أو برقه، ثم استؤنفت قرعة العتق، فأعتق بها ثلثا أحدهما، ورق للورثة ثلثه، وجميع الآخر، وعلى هذا لو ظهرت عليه مائة ثالثة ديناً بعد ما بيع في المائة الثانية، فعلى الوجه الأول الذي هو المذهب لا تنقض قرعة العتق، ويباع مما استرقه للورثة عبد بمائة درهم، ويبقى معهم ثلث عبد، فيسترقون من ثلثي من عتق ثلثه، ليصير لهم ثلثا عبد، وللعتق ثلث عبد.

وعلى الوجه الثاني: تنقض قرعة العتق، ويعود العبدان الآخران إلى حكم الرق، فيباع في الدَّين أحدهما بالقرعة، ويبقى الآخر، فيعتق ثلثه، ويرق ثلثاه.

ولو ظهرت بعدها مائة رابعة ديناً بيع فيه من أعتق ومن رق على الوجهين معاً لاستيعاب الدَّين جميع التركة، فلو كانت التركة عبداً قيمته مائة درهم أعتقه في مرضه، ومات فحكم بعتق ثلثه، ورق ثلثيه لورثته، ثم ظهر عليه دين قدره مائة درهم يستوعب جميع تركته، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أنه ينقض ما حكم به من عتق ثلثه، ويباع جميعه في دينه، ووهم بعض أصحابه، فأعتق تسْعَه، وأرق في الدَّين ثمانية أتساعه، وجعل وجه ذلك أن مَال للعتق سهم، وللدَّين سهمان ثم سهم العتق مقسوم بين العتق والورثة على ثلاثة، فيصح من تسعة ستة منها، وهي الثلثان للدَّين وثلثه بين العتق والورثة أثلاثاً، للعتق سهم وهو التسع، فيعتق تسعه، ويبقى للورثة سهمان ترد على أصحاب الدَّين، ولا وجه لهذا القول لأن عتق المرض وصية في الثلث، ولا

وصية إلا بعد قضاء الدين كما لا ميراث إلا بعد قضائه.

فصل

ولو كانوا أربعة فبيع من الأربعة أحدهم في الدَّين، وأعتق من الثلاثة أحدهم في الثلث، ورق الآخران للورثة، ثم استحق أحد العبدين المسترقين كان استحقاقه كالدَّين الحادث بعد العتق، فيكون على ما ذكرناه من الوجهين: **أحدهما**: يسترق من المعتق ثلثه، ولا تنقض القرعة. **والثاني**: تنقض القرعة، وتستأنف في العبدين، ويعتق ثلثا أحدهما بالقرعة الثانية على من خرجت منهما، ولو استحق العبد المعتق بطل فيه العتق، واستؤنفت القرعة بين الباقين على الرق وجهاً واحداً، وأعتق ثلثا أحدهما، ورق باقيه، وجميع الآخر، ولو استحق المعتق، وأحد المسترقين صارت التركة عبداً واحداً، فيعتق ثلثه، ويرق ثلثاه بغير قرعة.

فصل

وحكم هؤلاء العبيد لو لم يعتقهم في مرضه، ووصى بعتقهم بعد موته، وهم جميع تركته كحكمهم لو أعتقهم في مرضه إلا في أربعة أحكام: **أحدها**: أن عتقهم في المرض متقدم على الموت، وفي الوصية متأخر عنه. **والثاني**: أن عتق المرض مباشرة ينفذ بلفظه، وعتق الوصية ينفذ بلفظ الورثة، فإن امتنعوا استوفاه الحاكم منهم. **والثالث**: أن قيمة المعتقين في المرض معتبرة بوقت عتقهم قبل الموت، وقيمة المعتقين في الوصية معتبرة بقيمتهم وقت الموت على ما سنذكره. **والرابع**: أن العتق في المرض يملكون به ما اكتسبوه في حياة المعتق، وبعد موته، وكسب من رق منهم يملك المعتق منه ما كسبوه في حياته، ويضاف إلى تركته، ويملك الورثة ما اكتسبوه بعد موته، والعتق بالوصية يوجب أن تكون أكسابهم قبل الموت من تركة الموصي وأكسابهم بعد الموت للورثة، يستوي فيه كسب من عتق منهم، ومن رق قبل القرعة للعتق، ولا يقضى من هذه الأكساب ديون الميت، لأنها حادثة على ملك الورثة، وحكي عن أبي سعيد الإصطخري أن ديون الميت تقضى من هذه الأكساب الحادثة على ملك الورثة، لأنهم استفادوها من تركة لا يستقر ملكهم عليها، إلا بعد قضاء ديونها.

ويتفرع على هذا الفصل: إذا أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم لا مال له غيره، فكسب في حياة سيده مائة درهم وبعد موته مائة درهم فالمائة التي كسبها في حياة سيده داخلة في تركته تضم إلى قيمته، ويدخل بها دَوْرٌ يزيد في عتقه، والمائة التي كسبها بعد موته خارجة من التركة، ولا يدخل بها دَوْرٌ، ولا يزيد بها عتق، وقدر ما يعتق منه نصفه، ويملك به نصف كسبه في حياة سيده، ونصف كسبه بعد موته، ويرق نصفه للورثة، ويستحقون به نصف كسبه في حياة سيده ميراثاً، ونصف كسبه بعد موته مِلْكاً، وبابه في عمل الدَّوْرِ أن يجعل العتق سهماً، والكسب سهماً، لأن الكسب مثل قيمة العبد، ويجعل للورثة سهمين، ليكونا مثلي سهم العتق، وتجمع السهام، وهي أربعة،

وتقسم التركة عليها، وهما مائتا درهم، لأن قيمة العبد مائة درهم، وقد ضم إليها الكسب في حياة السيد مائة، فيكون قسط كل سهم منها خمسين درهماً، وللعتق سهم واحد، وهو نصف قيمته، فعتق به نصفه، وملك به نصف كسبه في حياة السيد، ورق نصفه للورثة، وملكوا نصف كسبه في حياة السيد ميراثاً، فصار لهم بالرق والكسب مائة درهم هي مثلا ما عتق من نصفه، ويكون الكسب بعد موت السيد بين العبد والورثة نصفين، بحسب ما فيه من حُرِّيَّة ورق.

فلو كانت المسألة بحالها في عتق هذا العبد الذي قيمته مائة درهم، وكسب العبد في حياة سيده مائة درهم، وبعد موته مائة درهم، وكان على السيد مائة درهم ضم كسب الحياة إلى التركة، وخرج الكسب بعد الموت منها، فصارت التركة مائتي درهم يقضى نصفها في الدَّين، ويبقى نصفها في العتق والميراث فيعتق منه ربعه، ويرق ثلاثة أرباعه، وبابه أن يجعل للعتق سهماً، وللكسب سهماً، وللورثة سهمين، ويقسم باقي التركة بعد الدَّين، وهو مائة على هذه السهام الأربعة يكون قسط السهم منها خمسة وعشرين درهماً، فيعتق منه بسهم العتق ربعه، ويملك به ربع كسبه، ويرق للورثة ثلاثة أرباعه، وهو بخمسة وسبعين درهماً، ويملكون به ثلاثة أرباع كسبه، وهو خمسة وسبعون درهماً، يصيران مائة وخمسين درهماً يقضى منهم الدَّين مائة درهم يبقى مع الورثة خمسون درهماً هي مثلا ما خرج بالعتق المقدر بخمسة وعشرين درهماً، وتكون المائة المكتسبة بعد موت السيد بين العبد والورثة بقدر الحرية والرق، يملك العبد ربعها بقدر حريته، ويملك الورثة ثلاثة أرباعها كسباً مستفاداً، بما ملكوه من رقه لا تدخل التركة، ولا يقضى منها الدَّين.

فأما على قول أبي سعيد الإصطخري: يقضي الدَّين منها، فيدخل بها دَوْرٌ يزيدُ في العتق لزيادة ما يقضى به الديون وزيادة دورها بثلثها، لأن المحكي عن أبي سعيد أن الكسب بعد الوفاة يقضى به الديون ولا ينفذ به الوصايا، فتجعل المائة المكتسبة بعد الموت أثلاثاً، ثلثاً للعبد بكسب عتقه، وثلثاً للورثة بكسب رقه، وثلثاً يضاف إلى التركة لقضاء دينه، فتصير التركة مع هذا الثلث مائتين وثلاثة وثلاثين وثلثاً، يقضى منها الدَّين مائة، يبقى من التركة بعد قضائها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث تقسم على أربعة هي سهم للعتق وسهم للكسب وسهمان للورثة، يخرج قسط السهم ثلاثة وثلاثين وثلث فأعتق منه بقدرها، وهو الثلث، ويملك به ثلث كسبه، ويرق للورثة ثلثاه، وهو مثلا ما عتق منه، وقد ملك من المكتسب بعد الموت ثلثه، وملك الورثة ثلثيه، وهما مستفادان من غير التركة.

قلت: كأنه جعل جزءٌ من العبد يقضى به الدَّين، فهو لما يستحق بذلك الجزء من كسبه في حياة سيده، وبعد موت السيد للدَّين ثم جعل سهماً من رقبته ببيعه سهماً من الكسب بقدر ثلاثة أسهم ما بقي، ولو كسب بعد الموت مائة لصار في ملكه الذي مع ربع كسبه، وبقية كسبه بعد الموت، فسقط، لأنه ليس من التركة، فيبقى ما يبقى، لأنه

عبد أعتقه في مرض موته، وبقية كسبه في حياة سيده.

مسألة[(١)]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَعْتَقْتُ ثُلُثاً وَأَرْقَقْتُ ثُلُثَيْنِ بِالْقُرْعَةِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يُخْرَجُونَ مَعاً مِنَ الثُّلُثِ أَعْتَقْتُ مَنْ أَرْقَقْتُ وَدَفَعْتُ إِلَيْهِمْ مَا اكْتَسَبُوا بَعْدَ عِتْقِ الْمَالِكِ إِيَّاهُمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أعتق عبداً في مرضه، وعليه دين، ولم يظهر له مال، فبيع بعضهم في دينه، وأعتق منهم قدر ثلثه، ورق باقيهم ثم ظهر له مال، فإن خرجوا من ثلثه عتقوا جميعهم، وإن نقص ثلثه عنهم أعتق منهم قدر ثلثه.

مثاله: أن يعتق أربعة عبيد قيمة كل عبد مائة درهم، ويترك ديناً قدره مائة درهم، ولم يظهر له مال، فيبيع أحدهم في دينه، وأعتق أحدهم في ثلثه، واسترق اثنان لورثته، ثم ظهر له مائة درهم، فيسترجع بظهور المائة العبد المبيع في الدَّين، ويُفْسَخُ فيه البيع، ويصير بظهور هذه المائة بمثابة من ليس عليه دين، فعلى هذا لا يختلف مذهب الشافعي، ومن خالفه من أصحابه في نقص القرعة بظهور الدَّين أنها لا تنقص بظهور المال، لأن ظهور الدَّين يوجب نقصاً في العتق، وزيادة الرق، تنقص به قرعة الرق وظهور المال يوجب زيادة العتق ونقصان الرق، فلم يجز أن تنقص به قرعة العتق، فيكون عتق من قرع بَاتاً لا رجعة فيه، وقد بقي في الثلث بعد عتقه أن يعتق من الثلث ثلث واحد يستوعب به الثلث، فيقرع بينهم، ويعتق ثلث أحدهم، ويسترق ثلثاه مع الآخرين، ولو ظهر له مائتا درهم كان الباقي منها بعد قضاء الدين مائة، فيعتق من الثلاثة ثلثا عبد، لأن التركة خمسمائة. ولو ظهر له ثلاثمائة درهم عتق بها من الثلاثة عبد كامل، لأن التركة بعد الدَّين ستمائة. ولو ظهر له أربع مائة عُتق بها من الثلاثة عبد وثلث، لأن التركة بعد الدين سبعمائة. ولو ظهر له خمسمائة عتق بها من الثلاثة عبد وثلثان، لأن التركة بعد الدَّين ثمانمائة. ولو ظهر له ستمائة عتق بها من الثلاثة عبدان، لأن التركة بعد الدَّين تسعمائة. ولو ظهر له سبعمائة عتق بها من الثلاثة عبدان وثلث. ولو ظهر له ثمانمائة عتق بها من الثلاثة عبدان وثلثان. ولو ظهر له تسعمائة عتق بها الثلاثة كلهم، لأن التركة تصير بها بعد قضاء الدَّين ألفاً ومائتين، والعبيد أربعة قيمتهم أربعمائة هي قدر الثلث، فيعتقوا جميعاً.

فصل

فإذا تحرر عتق جميعهم على ما وصفنا بَانَ بعد أن أجري حكم الرق عليهم أنهم كانوا أحراراً، بعتق السيد في حياته يوم أعتقهم، فيبطل ما جرى عليهم من أحكام الرق، فيصيرون مالكين لجميع أكسابهم التي كسبوها في حياة السيد، وبعد موته، ولو

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٠).

كان مات لأحدهم موروث، ومنع من ميراثه بالرق كان أحق بميراثه من الأبعد، وانتزع ميراثه منه.

ولو كان هو الميت، وأخذ الوارث ماله انتزع منه، وكان وارثه أحق به، ولو تزوج بأمة لا يستحقها في الحرية بطل نكاحها، ولو كانت أمة زوجها الوارث بالملك بطل نكاحها حتى يستأنفه وليها، ولو وطئها الوارث بحكم الملك كان عليه مهرها، ولو كان قد زنى أحدهم، وجلد خمسين كمل حده، ليتم جلد مائة إن كان بكراً، ويرجم إن كان ثيباً، ولو كان الوارث قد باع أحدهم بطل بيعه، ورجع مشتريه على الوارث بثمنه، فلو كان قد رهنه بطل رهنه وإن كان قد أخره بطلت إجارته، ورجع على مستأجره بأجرة مثله من الأحرار دون العبيد، ورجع المستأجر على الوارث بما دفعه إليه من الأجرة، ولو كان الوارث قد أعتقه بطل عتقه، وكان ولاؤه للأول، ولو كاتبه بطلت كتابته، ورجع بما أدى، ولو جنيت عليه جناية عمد، وأخذ الوارث أرشها، كان له أن يقتص من الجاني، ولا يسقط بأخذ الوارث للأرش ويرد الأرش على الجاني، ولو كان قد بيع في جناية جناها بطل بيعه، وكانت جنايته خطأ على عاقلته وعمداً في ماله، واسترجع من المجني عليه ثمنه، وَرُدَّ على مشتريه، ثم على هذا القياس في جميع الأحكام. والله أعلم.

فصل

وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم لا مال له غيره، ومات العبد في حياة سيده ففي عتقه ونفوذه ثلاثة أوجه: **أحدها**: وهو قول أبي العباس بن سريج أنه قد نفذ عتقه في جميعه، ويموت حراً قد جَرَّ ولاء ولده، وموروثاً ينتقل كسبه إلى ورثته، وإن لم يخرج من ثلث سيده، لأنه مات قبل حقوق الورثة، فلم تجز فيه المواريث، وصار كعتق الصحيح. **والوجه الثاني**: أن عتقه قد بطل، ويموت عبداً، وينتقل كسبه إلى سيده بالملك، ولا يجرُّ ولاء ولده، لأن عتقه في المرض وصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي. **والوجه الثالث**: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، والمعمول عليه من قوله: أن موته لا يرفع حكم العتق في حقه ويرفع عنه حكم الرق في حق ورثته، وعتقه ليس بوصية له إن جرى في اعتباره من الثلث مجرى الوصية، لأنه لا يراعى فيه قبوله، ولا يؤثر فيه رده، وعلى هذا تختلف أحكامه باختلاف أحواله، فإن مات عن غير كسب كان ثلثه حراً، وثلثاه مملوكاً، يجر بثلثه ثلث ولاء ولده، وإن مات عن كسب فله حالتان:

إحداهما: أن لا يكون له وارث غير سيده، فينظر في قدر كسبه، فإن كان مائتي درهم ورثها السيد، وعتق جميعه، لأنه قد صار إلى التركة مثلا قيمته، وإن كان كسبه مائة درهم مات نصفه حراً ونصفه مملوكاً، وكانت المائة للسيد نصفها بحق الولاء، ونصفها بحق الملك، وهي مثلا قيمة نصفه.

والحالة الثانية: أن يكون له وارث غير سيده، فإن قيل: بمذهب الشافعي في القديم أن المعتق بعضه إذا مات لم يورث، وكان ماله لسيده، كان حكمه على ما مضى إذا لم يخلف وارثاً غير سيده.

وإن قيل: بمذهبه في الجديد أنه يكون موروثاً دخل الدور في عتقه بقدر كسبه، فإن كان كسبه مائتي درهم عتق نصفه، ورق نصفه.

وبابه في حسابه أن يجعل له برقبته سهماً لعتقه، وبكسبه سهمين لورثته، لأن الكسب صعف قيمته، ويجعل لورثة سيده سهمين ضعف قيمته، وجمع سهم ورثته وسهمي ورثة سيده، وهي أربعة، ولا تجمع إليها سهم الرقبة لتلفها ثم أقسم الكسب عليها، وهو مائتان يخرج قسط السهم خمسين درهماً، فيعتق منه بقدرها، وهو نصفه يملك وارثه به نصف كسبه ويملك ورثة سيده نصف كسبه، ويرق نصفه، وهو مثلا ما أعتق من نصفه.

ولو كان كسب مائة درهم عتق ثلثه، وبابه أن جعل له برقبته سهماً لعتقه وبكسبه سهماً لورثته، ولورثة سيده سهمين، وتجمع بين سهم ورثته وسهمي ورثة سيده، وهي ثلاثة، وتقسم ذلك عليها، وهو مائة يخرج قسط السهم ثلاثة وثلاثين درهماً وثلثاً، فيعتق منه بقدرها، وهو ثلثه يملك ورثته به ثلث كسبه، ويملك ورثة سيده ثلثي كسبه برق ثلثيه، وهو مثلا ما عتق من ثلثه. والله أعلم.

مسألة[١]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّ الرَّقِيقِ أَرَدْتُ قِيْمَتُهُ لِعِتْقِهِ فَزَادَتْ قِيْمَتُهُ أَوْ نَقَصَتْ أَوْ مَاتَ فَإِنَّمَا قِيْمَتُهُ يَوْمَ وَقَعَ الْعِتْقُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح والكلام فيها مشتمل على ثلاثة فصول: **أحدها**: اعتبار قيمة من أعتقه في مرضه. **والثاني**: اعتبار قيمة من وصى بعتقه. **والثالث**: اعتبار قيمتها في حق ورثته.

فأما الفصل الأول: في اعتبار قيمة من أعتقه في مرضه، فمعتبرة بوقت عتقه لاستهلاكه له بعتقه.

وأما الفصل الثاني: في اعتبار قيمة من وصى بعتقه، فمعتبرة بوقت موته، ولا تعتبر بوقت وصيته، ولا بوقت عتق الورثة بعد موته؛ لاستحقاق عتقه بالموت، فاعتبرت بوقت الاستحقاق.

وأما الفصل الثالث: في اعتبار قيمته في حق ورثته، فمعتبرة بأقل قيمته من بعد موته، وإلى وقت قبض، لأن الزيادة بعد الموت تحدث على ملكهم، فلم تحتسب عليهم كالثمرة والنتاج، والنقصان قبل القبض تالف من التركة، فلم يحتسب عليهم كالميت والمغصوب، فلذلك كان محتسباً في حقهم بأقل قيمته.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٠).

فصل

فإذا تقرر هذا صحت أحكامه في ثلاثة فصول: **أحدها**: في القيمة إذا زادت. **والثاني**: في القيمة إذا نقصت. **والثالث**: في الجمع بين العتق في المرض، والعتق بالوصية.

فأما الفصل الأول: في القيمة إذا زادت، فحكم الزيادة مثل حكم الكسب، فإذا أعتق عبداً قيمته مائة درهم لا مال له غيره، فزادت قيمته حتى بلغ مائتين، فالزيادة معتبرة بوقتها، فإن حدثت بعد موت السيد، فلا اعتبار بها في التركة، ولا يدخل بها دَوْرٌ في زيادة العتق، ويعتق ثلثه، ويرق ثلثاه.

وإن حدثت في حياة السيد كانت معتبرة في التركة، ودخل بها دور في زيادة العتق، وباب دوره في وصولك إلى مقدار عتقه أن تجعل له بعتقه سهماً، وله بفضل قيمته سهماً، وللورثة سهمين، واجْمَعْها، وهي أربعة، واقسم قيمة العبد عليها، وهي مائتان، يخرج قسط السهم خمسين فأعتق منه بها على قيمته، وقت العتق يعتق نصفه، ويرق نصفه، وقيمته وقت الموت مائة، وهو مِثْلَا ما عتق منه.

ولو ترك السيد مع العبد مائة جعلت للعتق سهماً، ولزيادة القيمة سهماً، وللورثة سهمين، وقسمت التركة، وهي ثلاثمائة على هذه السهام الأربعة، فيخرج قِسْطُ السهم خمسةً وسبعين، فأعتق منه بها ثلاثة أرباعه، ويرق ربعه، وقيمته خمسون يضمها الورثة إلى المائة، فيصير معهم مائة وخمسون مِثْلَا ما خرج بالعتق، ولو كانت قيمته مائة درهم، فزادت قيمته قبل موت سيده حتى بلغت ثلاثمائة جعلت له بعتقه سهماً، وبفضل قيمته خمسة أسهم، وجعلت للورثة سهمين، واقسم التركة، وهي ستمائة على هذه السهام، وهي ثمانية يخرج قُسط السهم خمسة وسبعين، فأعتق منه بها على قيمته وقت العتق ثلاثة أرباعه، وترق ربعه، وقيمته وقت الموت مائة وخمسون، وهو مثلا ما خرج بالعتق.

ولو زادت قيمته مائة، وكسب مائة جعلت له بالعتق سهماً، وبفضل القيمة سهماً، وبالكسب سهماً، وللورثة سهمين، تصير خمسة أسهم، فاقسم التركة عليها، وهي أربعمائة يخرج قسط السهم ثمانين، فأعتق منه بها أربعة أخماسه، ويملك بها أربعة أخماس كسبه ثمانين، ويرق للورثة خُمُسُهُ، وقيمته أربعون، ويملكون خُمس كسبه، وهو عشرون، فإذا ضم المائة المتروكة صار معهم مائة وستون، وهي مثلا ما خرج بالعتق.

فصل

وأما الفصل الثاني: في القيمة إذا نقصت، فيدخل بنقصانها دور على العتق يزيد به الرق كما دخل بزيادتها دور على الرق زاد به العتق.

فإذا أَعْتَقَ في مرضه عبداً قيمته مائة، فنقصت قيمته قبل قبض الورثة حتى صارت

خمسين، جعلت للعتق سهماً، وللورثة سهمين، وقد عادت القيمة إلى نصفها، فأنقص من سهم العتق نِصْفه يبقى سَهْمَانِ ونصف، فأقسم التركة عليها، وهي خمسون يخرج قسط نصف السهم خمسها، فأعتق خُمسه، وقيمته وقت العتق عشرون، واسترق للورثة أربعة أخماسه، وقيمته وقت الموت أربعون، وهو مثلا ما خرج بالعتق.

وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا أنه لا يحتسب على العبد نقصان قيمته، كما لم يحتسب على الورثة، ويعتق ثلثه ويرق ثلثاه، وهذا ليس بصحيح، لأنه لما احتسب له زيادة قيمته حتى زاد في دور عتقه، وجب أن يحتسب عليه نقصانها ليزيد في دور رقه. ولو كانت قيمته خمسمائة، فنقصت حتى صارت مائتين، جعلت له بالعتق سهماً، وللورثة سهمين، وقد عاد عليه من نقصان القيمة ثلاثة أخماسها، فأنقصها من سهم عتقه، يبقى له خُمْسَا سهم، فأقسم القيمة على سهمين وخُمْسِين، يكن الخمسان منها السدس، لأن مبسوطها اثنا عشر خمساً، ويقر سهم العتق، فأعتق سدسه، وقيمة السدس من الخُمُسَيْنِ مائة وثلثه مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويرق الورثة خمسة أسداسه، وقيمتها من المائتين مائة وستة وستون وثلثان، مثلا ما خرج بالعتق.

ولو كانت قيمته وقت عتقه ستمائة، فنقصت حتى صارت ثلاثمائة وكسب العبد ثلاثمائة فأجبر نقصان القيمة بزيادة الكسب، وأعتق ثلثه، وقيمته من الستمائة، مائتان يملك به ثلث كسبه مائة فيرق ثلثاه للورثة، وقيمته من الثلاثمائة مائتان، ولهم به ثلثا كسبه مائتان، يصير معهم أربعمائة وهي مثلا ما خرج بالعتق.

ولو كانت قيمته ستمائة، فنقصت حتى صارت أربعمائة وكان على السيد دين مائة، فأُضْمِمَ الدَّين إلى نقصان القيمة، يصير الباقي منها ثلاثمائة فأجعل للعتق سهماً، وللورثة سهمين، وأُنْقِصُ من سهم العتق نصفه يعود النقصان إلى نصفه، يبقى سهمان ونصف يكون نصف سهم العتق منها خُمسها، فأعتق منه خُمسه، وقيمته من الستمائة مائة وعشرون، وأقضي المائة الدَّين من قيمته، وهي أربعمائة يبقى ثلاثمائة للورثة بأربعة أخماسه مائتان وأربعون، وهي مثلا ما خرج بالعتق.

وأما الفصل الثالث: في الجمع بين العتق في المرض والوصية بالعتق، وهما جميعاً من الثلث لكن عتق المرض مقدم على عتق الوصية، فإذا أعتق عبداً في مرضه، ووصى بعتق آخر بعد موته، فهو على أربعة أضرب:

أحدها: أن يُعَيِّنَ العبد المعتق في المرض، والعبد المعتق بالوصية، فيقول: هذا العبد حر، وأعتقوا هذا العبد الآخر بعد موتي، فللثلث أربعة أحوال: **أحدها**: أن يحتمل قيمته العبدين، فيتحرر به عتق المرض، وعتق الوصية. **والحال الثانية**: أن يحتمل الثلث قيمة أحدهما دون الآخر، فيتحرر به عتق المرض، ورد عتق الوصية. **والحال الثالثة**: أن يحتمل الثلث قيمة أحدهما، وبعض الآخر فيتحرر به عتق المرض كاملاً، ويعتق من عبد الوصية بقدر الباقي من الثلث، ويرق باقيه. **والحال الرابعة**: أن يحتمل الثلث بعض أحدهما، ويعجز عن الباقي، فيتحرر به من عتق المرض، قدر ما

احتمله الثلث، ويرق باقيه، وجميع الآخر.

والضرب الثاني: أن يبهم عتق المرض وعتق الوصية في عبيده، ولا يعينهما، فيقول في مرضه: أحد عبيدي حر، وأعتقوا أحدهم بعد موتى، فإنهما مبهمان، فوجب التعيين، وفيما يَتَعَيَّنَانِ به قولان:

أحدهما: يتعينان ببيان الورثة، فيرجع إلى بيانهم من غير قرعة، لأنهم يقومون مقامه بعد موته، فإذا عينوهما من بين العبيد صار كتعيين السيد، فيكون على ما مضى من الأحوال الأربعة.

والقول الثاني: أنه يرجع في تعيينها إلى القرعة دون الورثة، وهو أصح لأمرين:

أحدهما: أنها أبعد من التهمة. **والثاني**: لتعذر علم الورثة بإرادة السيد.

فيبدأ بالقرعة بعتق المرض فإن استوعب الثلث بطل عتق الوصية، وإن بقي من الثلث بقية أقرع لعتق الوصية، فإن احتمل بقية الثلث جميع قيمته عتق، وإن عجز عتق منه بقدر ما احتمله الباقي، ورق باقيه.

والضرب الثالث: أن يعين عتق المرض، ويبهم عتق الوصية، فيقول: هذا العبد حر، وأعتقوا آخر بعد موتى، فينظر في عتق المرض. فإن استوعب الثلث بطل عتق الوصية، ولم يُحْتَجْ إلى بيانه، وإن بقي من الثلث بقية صرفت في عتق الوصية، فاحتج إلى بيانه، فيرجع إلى بيان الورثة في أحد القولين، وإلى القرعة في القول الثاني.

والضرب الرابع: أن يعين عتق الوصية، ويبهم عتق المرض فيقول: أحد عبيدي حر، وأعتقوا هذا بعد موتي، فلا تمضي الوصية بعتق المعيَّن حتى يتعين في أحدهم عتق المرض، فيرجع في تعيينه إلى بيان الورثة في أحد القولين، وإلى القرعة في القول الثاني ثم يعتبران في الثلث، ويكونان فيه على الأحوال الأربعة.

مسألة(١): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ لِمَيِّتٍ عَلِمْنَا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا».

قال الماوردي: وأصل هذا أن العتق في المرض يقع قبل الموت، والعتق في الوصية يقع بعد الموت، وملك الورثة يستقر باليد والقبض بعد الموت، فإذا أعتق ثلاثة عبيد لا مال له غيرهم أو وصى بعتقهم ثم مات أحدهم قبل أن يتعين فيه عتق أو رق لم يخل موته من أحوال:

أحدها: أن يموت في حياة السيد، فلا يخلو العتق من أن يكون عتق وصية أو عتق مرض، فإن كان عتق وصية لم يقع عليه قرعة في عتق، ولا رق؛ لأن عتق الوصية بعد الموت، وقد مات قبله على ملك سيده، ويصير العبدان الباقيان هما التركة، فيجتمع فيهما عتق الوصية، وحق الورثة، فيقرع بينهما لعتق الوصية، ويعتق بها ثلثا من قرع ويرق للورثة باقيه، وجميع الآخر. وإن كان عتق مرض أدخل الميت في قرعة العتق،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٠).

وعند مالك: لا يدخل في قرعة العتق، لأنه يرى أن عتقه واقع بالقرعة دون اللفظ، ونحن نرى وقوع عتقه باللفظ، ودخول القرعة للتمييز، وقد مضى الكلام معه. وإذا أوجب دخوله في القرعة لم يخل أن تقع عليه قرعة العتق أو قرعة الرق.

فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ بها أنه مات حراً استوفى السيد بعتقه ما استحقه من ثلثه، ورق الآخران للورثة، ولم يؤثر موته في نقصان التركة، وإن وقعت عليه قرعة الرق لم يحتسب به على الورثة لموته قبل استحقاقهم، وصارت التركة هي العبدان الباقيان والعتق واقع فيهما، ويستأنف الإقراع بينهما، ويعتق ثلثا من قرع منهما، ويرق للورثة باقيه، وجميع الآخر.

والحال الثانية: أن يموت بعد موت السيد، وبعد قبض الورثة دخل في قرعة العتق، وقرعة الرق، ويستوي فيه عتق المرض وعتق الوصية، لأن عتق الوصية مستحق بالموت، وإن تأخر عنه، والقرعة مميزة لمن كان عتقه مستحقاً إذا صار الورثة إلى مِثْلَيْهِ، ويستوي فيه عتق المرض وعتق الوصية، فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ أنه مات حراً، ورق الآخران للورثة، وإن وقعت قرعة العتق على أحد الباقيين عتق، ورق الآخر مع الميت، وبَانَ أنه مات على ملك الورثة، فإن كان عتق مرض لم يحتج من وقعت عليه قرعة العتق إلى تلفظ الورثة بعتقه، لتقدمه من المعتق، وإن كان عتق وصية، ففي احتياج عتقه إلى تلفظ الورثة بعتقه وجهان:

أحدهما: أنه يحتاج إلى تلفظ الورثة، لأن العتق لا يتحرر إلا بلفظ ولم يوجد من الموصي، فاعتبر من الورثة.

والوجه الثاني: لا يحتاج عتقه إلى لفظ الورثة، لأن القرعة مميزة لعتق قد وقع، ولفظ السيد بعتقه في الوصية هو الموجب لعتقه فأقنع.

والحال الثالثة: أن يموت بعد موت السيد، وقبل قبض الورثة، نظر حال عتقه.

فإن كان عتق مرض دخل في قرعة العتق، ولم يدخل في قرعة الرق، فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ أنه مات حراً، ورق الآخران للورثة وإن وقعت عليه قرعة الرق بَانَ أنه مات عبداً لا يحتسب به على الورثة، واستؤنفت القرعة بين الباقيين، وعتق بها ثلثا من قرع، ورق للورثة باقيه، وجميع الآخر.

وإن كان عتقه وصية، فلا يدخل في قرعة الرق، وفي دخوله في قرعة العتق وجهان:
أحدهما: لا يدخل فيها، لأن تنفيذ الوصية يلزم بعد قبض الورثة لمثليها، فعلى هذا يكون خارجاً من جملة التركة في العتق والميراث، ويقرع لعتق الوصية بين الباقيين، ويعتق من القارع ثلثاه، ويرق للورثة ثلثه، وجميع الآخر. **والوجه الثاني**: أنه يدخل في قرعة العتق وإن لم يدخل في قرعة الرق لاستحقاق عتقه بالموت، فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ أنه مات حراً، ورق الآخران للورثة، وإن وقعت عليه قرعة الرق خرج من التركة، وبَانَ أنه مات عبداً غير محسوب على الورثة. وأعتق من الآخرين ثُلُثا أحدهما بالقرعة.

فصل

ولو أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم، لا مال له غيره، فكسب العبد ثلاثمائة درهم، ومات قبل سيده، فإن لم يخلف وارثاً غير سيده مات حراً، لأن سيده قد ورث كسبه بالولاء، فخرج عتقه من ثلثه، وإن خلف ابناً، وحكم له بالميراث دخل في عتقه دَوْرٌ، فَرُقَّ له بعضه، وذلك بأن نجعل للعبد بالعتق سهماً وللكسب ثلاثة أسهم، وللورثة سهمين يكون جميعها ستة أسهم، فأسقط سهم العتق بموته بخروجه من التركة، يبقى خمسة أسهم، فأقسم عليها الكسب، لأنه قد صار هو التركة، يخرج قسط السهم منها ستين وأعتق منه بقدرها، فيعتق بها ثلاثة أخماسه، ويرق خمساه، وورث ابنه ثلاثة أخماس كسبه، ولم يحتسب على ورثة السيد بخمسي رقه لموته، وورثوا خمسي كسبه، وذلك مائة وعشرون درهماً، وهو مثلا ما عتق منه.

فصل

ولو أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم، وكسب العبد في حياة سيده ثلاثمائة درهم واقترض السيد منه مائة درهم استهلكها ثم مات السيد، وترك مائة درهم قيل: للعبد إن أبرأت سيدك من قرضك عتق جميعك، لأنه قد ترك مثلي قيمتك، وإن لم تبرئه دخل في عتقك دَوْرٌ رُقَّ به بعضك، فتجعل بالعتق سهماً، وبالكسب ثلاثة أسهم، وللورثة سهمين تصير ستة أسهم، والتركة بعد مائة القرض خمسمائة، فأقسمها على السهام الستة يخرج قسط السهم ثلاثة وثمانين درهماً وثلثاً، فأعتق منه بقدرها، فعتق بها خمسة أسداسه، ويملك خمسة أسداس كسبه، ويأخذ مائة قرضه من التركة، ويرق للورثة سدسه، وقيمته ستة عشر درهماً وثلثان، ويملكون به سدس كسبه، وهو خمسون درهماً يضمونها إلى المائة الباقية من تركته تُجْمَعُ معهم مائة وستة وستون درهماً وثلثان، وهو مثلا ما عتق منه.

مسألة[(١)]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ لأَمَةٍ فَوَلَدَتْ عَلِمْنَا أَنَّهَا حُرَّةٌ وَوَلَدُهَا وَلَدُ حُرَّةٍ لَا أَنَّ القُرْعَةَ أَحْدَثَتْ لأَحَدٍ مِنْهُمْ عِتْقَاً يَوْمَ وَقَعَتْ إِنَّمَا وَجَبَ الْعِتْقُ حِيْنَ المَوْتِ بِالْقُرْعَةِ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يعتق في مرضه أَمةً، فتلد ولداً، فهذا على ثلاثة أضرب: **أحدها**: أن يعتقها في جملةِ عبيد، ويخرج عليها سهم العتق، فولدها يجري مجرى كسبها، وهو حر بحريتها. **والضرب الثاني**: أن يعتقها في جملة عبيد، ويخرج عليها سهم الرق، فولدها يجري مجرى كسبها، وهو مرقوق برقها. **والضرب الثالث**: أن يعتقها وحدها، وليس له مال غيرها، فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون الحمل حادثاً بعد عتقها، ومولوداً قبل موت سيدها، فيكون في

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٠).

حكم الكسب المحض يعتق منه بقدر ما عتق منها، ويرق منه بقدر ما رق منها، ويدخل به دور يزيد في عتقها.

فإذا كانت قيمة الأم مائة درهم قبل الولادة وبعدها، وقيمة الولد مائة درهم بعد ولادته عتق نصفها، وعتق من ولدها نصفه، تبعاً لعتقها، ورق للورثة نصفها ونصف ولدها، وقيمة النصفين مائة درهم، هي مثلا ما عتق من نصفها، ولا يكتمل العتق بالقرعة في أحدهما، لأنه عتق تلك الأم بمباشرة السيد، فترك العتق في كل واحد منهما على انفراده.

والضرب الثاني: أن يكون الحمل موجوداً وقت عتقها، ومولوداً قبل موت سيدها، ففيه قولان من اختلاف قوليه في الحمل، هل له من الثمن قسط أم لا؟

فإن قيل: لا قسط له من الثمن، وهو تبع كان كالحادث بعد عتقه، فيكون على ما مضى من كونه جارياً مجرى كسبها، ويعتق منه بقدر عتقها، ويرق منه بقدر رقها، ويدخل به دور يزيد في عتقها.

وإن قيل: إن للحمل قسطاً من الثمن كان الحمل مباشراً بالعتق مثل أمه، ويعتق من كل واحد منهما ثلثه، ولا يدخل دور في زيادة عتقها، وهل يقر عتق الثلث من كل واحد منهما أو يكمل بالقرعة من أحدهما؟ على وجهين مُحْتملَين: **أحدهما**: يكمل عتق الثلثين في أحدهما بالقرعة كما لو كان ذلك في عبدين. **والوجه الثاني**: يقر عتق الثلث من كل واحد منهما، ولا يكمل في أحدهما، لأنه في حكم البائع لها.

والضرب الثالث: أن يكون الحمل حادثاً بعد عتقها، ومولوداً بعد موت سيدها، فلا يجري عليه حكم عتق المباشرة، لحدوثه بعد العتق.

وهل يكون لهما كسباً أو تبعاً؟ على قولين: إن قيل: للحمل قسط من الثمن كان كسباً لها اعتباراً بعلوقه فيدخل به دور في زيادة عتقها، ويكون رقه للورثة ميراثاً، فيعتق منها إذا كانت قيمة كل واحد منهما مائة درهم نِصْفُها، ويتبعها نصف ولدها تبعاً لها، ويرق للورثة نصفها، ونصف ولدها. وهو مثلا ما عتق منه.

وإن قيل: ليس للحمل قسط من البيع، وهو تبع اعتباراً بولادته، خرج من التركة، ولم يدخل به دَوْرٌ في زيادة العتق، وعتق ثلثها، وعتق ثلث ولدها تبعاً، لأنه من كسبها، ويكون لها ولاء ما عتق من ولدها، ولسيدها ولاء ما عتق منها على القولين معاً، ورق ثلثاها للورثة ميراثاً، ورق ثلثا ولدها للورثة ملكاً، ولا يكمل العتق بالقرعة في أحدهما، ويترك في كل واحد منهما على انفراده، لأنه عتق من كسبها، ولم يعتق على سيدها.

والضرب الرابع: أن يكون الحمل موجوداً وقت عتقها، ومولوداً بعد موت سيدها، فلا يكون الولد كسباً لها، وفيمن تكون كسباً له قولان:

أحدهما: تكون كسباً للسيد، إذا قيل: للحمل قسط من الثمن يضاف إلى تركته، ويدخل به دور يزيد في العتق، ويجريه في عمل الدور مجرى الكسب، لتماثل العتق

فيهما، ولا يتفاضل، لأنه لا يجوز أن تلد بحريتها مملوكاً، ولا برقها حُرًّا فيعتق نصفها ونصف ولدها، ويعتبر ما عتق منها في ثلث السيد، ولا يعتق فيه ما عتق من ولدها، لأنه عتق عليه بالسراية من غير اختياره، فصار كالتالف من تركته، ويكون ولاء ما عتق من الولد لسيده دون أمه، ويرق للورثة نصفها ونصف ولدها ميراثاً، وهو مثلا ما عتق منها.

والقول الثاني: يكون كسباً للأم والورثة بقدر الحرية والرق، ولا تزيد به التركة، ولا يدخل به دور في زيادة العتق، فيعتق ثلثها، وتَبِعَها في الحرية ثلث ولدها، لأنه من كسبها، ويكون ولاءُ مَا عُتِق منه لها دون سيدها، ويرق للورثة ثلثاها ميراثاً، وثلثا ولدها كسباً.

فصل

وإذا أعتق السيد في مرضه أمةً، وتزوجها ووطئها، ثم مات عنها، ففي نكاحه وجهان: **أحدهما**: باطل، لأن حالها مترددة بين أن يعتق من ثلثه، فيصح نكاحها، وبين أن ترق بالدَّين، فيبطل نكاحها، ومن هذه حالها لا يصح نكاحها، لأن النكاح الموقوف باطل. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي العباس بن سريج. أن النكاح ينعقد، وعقده موقوف على خروجها من ثلثه، أو إجازة ورثته لعتقه لا لنكاحهما، فإن خرجت من الثلث أو أجاز الورثة العتق صح النكاح، ولم ترث به، لأن عتقها وصية تبطل بالميراث، وإن لم يخرج من الثلث، ولم يجز الورثة العتق بطل النكاح، واتفق حكم الوجهين مع بطلانه، وفي وطئه لها وجهان:

أحدهما: يكون هدراً لا تستحق به مهراً، لتردد حالها بين أن تستحقه بعتقها أو يسقط برقها.

والوجه الثاني: يكون المهر منه مستحقاً اعتباراً بظاهر العتق، وفيه إذا كان مستحقاً وجهان حكاهما ابن سريج: **أحدهما**: يكون من رأس المال اعتباراً بمهور الأحرار.

والوجه الثاني: أنه يكون من الثلث اعتباراً بعتقها أنه من الثلث.

فإذا استقر هذا لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تتسع التركة لقيمتها ومهرها، فينفذ عتقها، وتستحق به جميع مهرها.

والقسم الثاني: أن يتسع لقيمتها، ويضيق عن مهرها، فيكون نفوذ عتقها في جميعها موقوفاً على إبرائها من مهرها، فإن أبرأت منه بعد العتق في جميعها، وإن طالبت به دخل به دور يبطل به من عتقها. بقدر ما تستحقه بحريتها على ما سنذكره.

والقسم الثالث: أن تضيق التركة عن قيمتها ومهرها، بأن لا يكون له مال غيرها.

مثاله: أن تكون قيمتها ثلاثمائة درهم، ومهر مثلها مائة درهم، فإن جعلنا المهر من رأس المال جعلت لهما بالعتق سهماً، وبالمهر ثلث سهم، وجعلت للورثة سهمين تكون ثلاثة أسهم وثلثاً، فأبسطها من جنس الكسر تصر عشرة أسهم، فأعتق منها بسهم العتق، وهو ثلثه فيعتق بها ثلاثة أعشارها، وبيع منها بسهم المهر عشرها يكون هو بقدر

ثلاثة أعشار مهرها، ويرق للورثة ستة أعشارها، وهو مثلا ما عتق منها.

وإن جعل المهر من الثلث جعلت ثلثها، وقيمته مائة درهم، مقسوماً بين العتق والمهر على أربعة أسهم، يكون قسط السهم خمسة وعشرين درهماً، فأعتق منها بسهام العتق، وهي ثلاثة أسهم قدرها خمسة وسبعون درهماً، فعتق بها ربعها، وبيع منها بسهم المهر وهو خمسة وعشرون درهماً بقية ثلثها، وقدره نصف السدس، وهو ربع مهرها، فقد استكمل بها ثلثها، وقيمته مائة درهم، ورق للورثة ثلثاها، وقيمته مائتا درهم، وهو مثلا ما خرج بالعتق والمهر.

فصل

ولو أعتقت امرأة عبداً لها في مرضها، وقيمته مائتا درهم، فتزوجت به على صداق مثلها، وهو مائة درهم، ففي نكاحها له وجهان كالرجل إذا أَعتق في مرضه أمة، وتزوجها: **أحدهما**: أن نكاحها باطل، ولا شيء عليه إن لم يدخل بها، وينفرد بحكم العتق، ولا يكون للنكاح تأثير. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي العباس بن سريج النكاح موقوف على خروج قيمتها من ثلثها أو إجازة ورثتها لعتقه، فيصح النكاحُ أَوْ لا، فيبطل.

فإن صح النكاح بكمال عتقه لم يرثها، لأن عتقها وصية يمنع الميراث منها، وإن بطل النكاح على الوجهين، وقد دخل بها، ولم يترك مالاً سواه دخل الدور في زيادة تركتها بالصداق المستحق عليه في التركة، وقيمته مائتا درهم، وما وجب عليه بعتقه من المائة الصداق، وباب دوره إذا كان واجداً لما يؤديه في الصداق من كسب ملكه عُقَيْبَ الموت أن تجعل له بالعتق سهماً، وعليه بالصداق نصف سهم، وتجعل للورثة سهمين تكون سهمين ونصفاً، وأقسم التركة عليها، وهي مائتا درهم، يخرج قسط السهم منها ثمانين درهماً، وأَعْتَق منه بالسهم خُمسَيه، لأن النصف الذي من الصداق يستوفَى منه، ويرق للورثة ثلاثة أخماسه، وقيمته مائة وعشرون درهماً، ويؤخذ منه خمسا الصداق أربعين درهماً. يصير مع الورثة مائة وستون درهماً، وهو مثلا ما عتق منه.

وإنما سلكت هذه الطريقة وعدلت عن حساب الجبر، لأنه ربما خفي على من لم يأنس به من الفقهاء. وبالله التوفيق.

مسألة[1]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ فِي مَرَضِهِ سَالِمٌ حُرٌّ، وَغَانِمٌ حَرٌّ وَزِيَادٌ حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلُ مَا احْتُمِلَ الثُلُثُ لأَنَّهُ عِتْقُ بتَاتٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: عتق المريض وعطاياه معتبرة من ثلثه في حقوق الورثة، ومن جميع ماله في حقوق نفسه، فإن صح من مرضه غلب فيها حق نفسه، فلزم جميعها، ولم يكن له أن يرجع في شيء منها، وإن استوعبت جميع ماله.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

وإن مات من مرضه غلب فيها حقوق الورثة، فردت إلى الثلث، وكان لهم رد ما زاد على الثلث إن لم يجيزوه، فإذا جمع في مرضه الذي مات فيه بين عتق وعطايا، وعجز الثلث عن جميعها قدم من ثلثه ما قدمه في حياته من عتق أو عطية، فإن قدم العتق، واستوعب به جميع الثلث أُبطِلَت عطاياه في حقوق الورثة. وإن قدم العطايا، واستوعب بها الثلث أبطل بها العتق تغليباً لحكم أسبقها، عتقاً كان أو عطية. وقال أبو حنيفة: إن كان في العطايا محاباة في عقد معاوضة قدمت على جميع العتق. والعطايا، وإن تأخرت، وإن لم يكن فيها محاباة قُدِّمَ الأسبق، فالأسبق من العطايا أو العتق، فخالف في المحاباة، ووافق فيما سواها، احتجاجاً بأن المحاباة معاوضة فكان حكمها أقوى وألزم من غيرها.

ودليلنا: هو أن ما تقدم اتخاذه، ووجب أن يقدم تنفيذه، كما لو كان كل العطايا محاباة أو كلها غير محاباة، وليس لاحتجاجه بأن المحاباة معاوضة وجه، لأن المعاوضة تختص بما ليس فيه محاباة، ولذلك لزم، ولم تسقط، والمحاباة عطيةٌ محضة، ولذلك سقطت ولم تلزم.

فصل

فإذا استقر هذا الأصل في تقديم الأول فالأول، فبدأ بالعتق، فقال: سالم حُرٌ، وغانم حر، وزياد حر، ثم وهب وحابى قَدَّمْنَا ما بدأ به من عتق سالم، فإن استوعب الثلث أبطلنا عتق غانم وزياد من غير قرعة، سواء أعتقهم بلفظ متصل أو بألفاظ منفصلة، وسواء قرب ما بينهم أو بعد، تعليلاً بالتقدم، فاستوى فيه القريب والبعيد. ولو اتسع الثلث بعد عتق سالم لعتق غيره أعتقنا بعده غانماً، لأنه الثاني بعد الأول، فإن استوعب الثلث أبطلنا عتق زياد. وإن اتسع الثلث بعد سالم وغانم لعتق ثالث أعتقنا زياداً، فإن استوعب الثلث أبطلنا ما بعدهم من الهبات والمحاباة. وإن اتسع الثلث بعد عتقهم لهباته أو محاباته قدَّمْنَا في بقية ثلثه ما قدمه من هبة أو محاباة حتى يستوعب جميع الثلث، ويبطل ما عجز عنه الثلث، فلو اتسع الثلث لعبد وبَعْضِ آخَرَ، وضاق عما سواه عتق جميع العبد الأول وبعض الثاني، وأبطل ما عداه من عتق وعطية.

ولو قال في مرضه: سالم وغانم وزياد أحرار، كانوا في العتق سواء، لا يقدم فيه من قدم اسمه، لأنه أعتقهم بلفظة واحدة بعد تقدم أسمائهم، فلم يتقدم عتق بعضهم على بعض وفي قوله: سالم حر وغانم حر وزياد حر، تقدم عتق بعضهم على بعض، فافترق الأمران.

ووجب إذا عجز الثلث عن عتقهم أن يقرع بينهم، وعتق بالقرعة من استوعب الثلث، ورق من عداه.

فصل

فلو أعتق في مرضه عبدين بلفظة واحدة، وليس له مال غيرهما، وقيمة أحدهما مائة

درهم، وقيمة الآخر مائتان، وكسب كل واحد منهما مثل قيمته أقرع بينهما بعد موته، ويدخل بالكسب دَوْرٌ في زيادة العتق، فنجعل للعتق سهماً، وللكسب سهماً، وللورثة سهمين تكون أربعة أسهم، وتقسم التركة عليها وهي ستمائة منها ثلاثمائة قيمتها، وثلاث مائة كسبها، يخرج قسط السهم مائة وخمسين درهماً، وهو سهم العتق، فيعتق منها بقدره.

فإن وقعت قرعة العتق على من قيمته مائتا درهم عتق ثلاثة أرباعه، وملك ثلاثة أرباع كسبه، ورق ربعه بخمسين درهماً، وملك الورثة ربع كسبه خمسين درهماً، ورق لهم جميع الآخر، وقيمته مائة درهم، وملكوا به جميع كسبه، وهو مائة درهم، صار ثلاثمائة درهم، وهي مثلا ما خرج في العتق. وإن وقعت قرعة العتق على الذي قيمته مائة درهم عتق جميعه، وربع الآخر لاستكمال الثلث، وملك الأول جميع كسبه، وملك الثاني ربع كسبه، ورق للورثة ثلاثة أرباع الثاني، وقيمة ذلك مائة وخمسون درهماً، وملكوا به ثلاثة أرباع كسبه مائة وخمسين درهماً، صار لهم بالرق والكسب ثلاثمائة درهم هي مثلا ما خرج بالعتق.

مسألة(١): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَأَمَّا كُلُّ مَا كَانَ لِلمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ فِيْهِ مِنْ تَدْبِيرٍ وَغَيْرِهِ فَكُلُّهُ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في الوصايا بالعتق والعطايا بعد الموت، وتنقسم ثلاثة أقسام: **أحدها**: أن تشتمل على العتق وحده. **والثاني**: أن تشتمل على العطايا وحدها. **والثالث**: أن يجتمع فيها العتق والعطايا.

فأما القسم الأول: في اشتمالها على العتق وحده، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون كله عتقاً، فيقول: اعتقوا عني سالماً، ثم يقول: اعتقوا عني غانماً، ثم يقول: اعتقوا عني زياداً، فكلهم في الوصية بعتقهم سواء لا يقدم فيهم من قُدِّمَ الوصية به، بخلاف عتقه الناجز في مرضه الذي تقدم فيه مَنْ قَدَّمَه.

والفرق بينهما: أن العتق بالوصايا مستحق بالموت الذي يتساوون فيه، وفي المرض مستحق باللفظ الذي يقدمون به، فلذلك قدم في المرض عتق الأول، ولم يقدم في الوصية عتق الأول، وأقرع بينهم إن عجز الثلث عنهم، وأكسابُ جميعهم قبل الموت تركةٌ.

والضرب الثاني: أن يكون كل عتقه تدبيراً، فيقول: إذا مت، فسالم حر، ثم يقول إذا مت، فغانم حر، ثم يقول: إذا مت، فزياد حر، ففيه وجهان: **أحدهما**: أنهم يتقدمون في الثلث على ترتيب من قدم، فيعتق الأول إن استوعب الثلث، ورق الثاني والثالث. ولو اتسع الثلث لاثنين عتق الأول والثاني، ورق الثالث اعتباراً بالعتق في المرض، ولا تستعمل فيهم القرعة، لأنه عتق ناجز بالموت لا يقف على الورثة.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

والوجه الثاني: وَهُوَ المَذْهَبُ: أنهم سواء لا يتقدمون على الترتيب لوقوع ذلك بالموت الذي يتماثلون فيه.

فإن عجز الثلث عنهم، ولم يتسع لجميعهم ففيه وجهان: **أحدهما**: وهو المذهب: أنه يقرع بينهم، ويعتق منهم من احتمله الثلث، ويسترق من عجز عنه. **والوجه الثاني**: أنه يعتق من كل واحد منهم قدر ما احتمله الثلث، ويسترق باقيه، ولا يقرع بينهم في تكميل الحرية.

فإن احتمل الثلث نصف قيمتهم عتق من كل واحد نصفه، ورق نصفه، وإن احتمل الثلث ربع قيمتهم عتق من كل واحد ربعه، ورق ثلاثة أرباعه اعتباراً بالوصايا، والأول أصح لفرق ما بين العتق والوصايا.

والضرب الثالث: أن يكون عتقه مشتملاً على وصية بالعتق، وعلى تدبير يتحرر بالموت، ففيه قولان:

أحدهما: يقدم التدبير على العتق، لتقدم نفوذه بالموت، فإن استغرق الثلث بطل به عتق الوصية.

والقول الثاني: وهو الظاهر من المذهب: أنهما سواء، لأن عتق جميعهم مستحق بالموت، فإن ضاق الثلث عن جميعهم أقرع بينهم، وفي القرعة وجهان: **أحدهما**: يفرد كل فريق، ويقرع بين عتق التدبير، وعتق الوصية، فإذا وقعت قرعة العتق على أحدهما، وقد استوعب الثلث عتق ورق الفريق والآخر وصيةً كان أو تدبيراً. **والوجه الثاني**: يجمع في القرعة بين الفريقين واستوعب بالثلث من وقعت القرعة عليه من كل واحد من الفريقين، ورق من عداه من الفريقين.

وأما القسم الثاني: في اشتمال الوصية على العطايا دون العتق، فجميع أهلها يتحاصون في الثلث إذا ضاق عنها، يستوي فيه من تقدمت الوصية له ومن تأخرت، وسواء كان هبة أو محاباة، وأحسب أبا حنيفة يوافق على هذا، ويستهمون في الثلث على قدر وصاياهم إذا اختلفت مقاديرها، فإن رد بعضهم الوصية توفرت على الباقين في زيادة حقوقهم، ولم يقدم بعضهم بالقرعة على بعض بخلاف العتق الموجب لتكميله بالقرعة في بعضهم، لما قدمنا من الفرق بينهما.

ولهذا الفصل أحكام قد تقدم ذكرها في الوصايا، وما حدث من نتاج ماشية أو ثمار نخيل أو كسب عبيد قبل موت الموصي تركة يتسع لها الثلث في تنفيذ الوصايا، وما حدث بعد موته للورثة لا يتسع لها الثلث في حقوق أهل الوصايا. وأما في قضاء الديون منها إذا ضاقت التركة عنها، ففيه وجهان: **أحدهما**: وهو مذهب الشافعي: لا تقضى منها الديون كما لم تنفذ منها الوصايا. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: تقضى منها الديون، وإن لم تنفذ منها الوصايا لحدوثها عن التركة المستحقة في الديون بخلاف الوصايا، لأن للورثة شركة في الوصايا بالثلثين، وليس لهم شركة في الدين.

وأما القسم الثالث: من اشتمال الوصية على العتق والعطايا إذا ضاق الثلث عنهما، ففيه قولان: **أحدهما**: يقدم العتق على الوصايا، لدخوله في حقوق الله تعالى، وقوته بالسراية. **والقول الثاني**: أنهما سواء لاعتبارهما من الثلث واستحقاقهما بالموت فيقسط الثلث عليهما بالحصص، فما حصل للعتق أقرع بينهم فيه، وما حصل للعطايا اشتركوا فيه، ولم يقرعوا، فلو اجتمع مع العطايا عتق وتدبير، ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يقدم التدبير عند ضيق الثلث عن العتق والعطايا لانتجازه بالموت، فإن فضل عن التدبير صرف في العتق دون الوصايا.

والقول الثاني: يشترك بين التدبير والعتق، ويقدمان على العطايا.

والقول الثالث: أن كل ذلك سواء، ويقسط الثلث على الجميع بالحصص، ثم يكون الإقراع في سهم العتق والتدبير على ما ذكرنا.

مسألة[1]: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَصِيَّةً وَهُوَ الثُّلُثُ وَشَهِدَ وَارِثَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْداً غَيْرَ وَصِيَّة وَهُوَ الثُّلُثُ أَعْتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) إِذَا أَجَازَ الشَّهَادَتَيْنِ فَقَدْ ثَبَتَ عِتْقُ عَبْدَيْنِ وَهُمَا ثُلُثَا الْمَيِّتِ فَمَعْنَاهُ أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمَا».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة وسنذكر ما نتج فيها من زيادة.

فإذا شهد أجنبيان أنه وصى بعتق عبده سالم، وقيمته الثلث، وشَهِدَ وارثان بأنه وصى بعتق عبده غانم، وقيمته الثلث لم يخل حال الوارثين من أن يكونا عدلين أو مجروحين، فإن كانا عدلين قبلت شهادتهما، لسلامتها من معاني الرد، وقد ثبت بالشهادتين عتق عبدين، وهما ثلثا الميت، فيقرع بينهما، ليكمل بالقرعة عتق أحدهما على ما ذكره المزني.

وإنما قال الشافعي: «أعتق من كل واحد منهما نصفه» إشارةً إلى أن الشهادة أوجبت أن يُعتق من كل واحد منهما نصفه، والشرع قد أوجب أن يكمل العتق في أحدهما بالقرعة، فإذا أقرع بينهما، ووقعت قرعة العتق على من شهد الوارثان بعتقه أمضى على هذا، ورق من شهد الأجنبيان بعتقه، وإن وقعت قرعة العتق على من شهد الأجنبيان بعتقه عتق، ونظر ما يقوله الوارثان في شهادة الأجنبيين، فإن صدقاهما رق لهما من شهدا بعتقه، وإن كذباهما لم يسترق من شهدا بعتقه إذا اتسع له ثلث الباقي.

وإن كان الوارثان مجروحين لم تقبل شهادتهما، وأعتق من شهد الأجنبيان بعتقه، ونظر قول الوارثين في شهادة الأجنبيين، فإن صدقاهما رق لهما من شهدا بعتقه، ويكون التأثير في رد شهادتهما إبطال القرعة. وإن كذباهما لزمهما أن يعتقا ممن شهدا بعتقه قدر ما احتمله الثلث بعد خروج الأول من التركة، ويسترقا منه ما عجز عنه الثلث.

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

ولو شهد الأجنبيان بعتق سالم في المرض، وشهد الوارثان بعتق غانم وصية بعد الموت، وليس بينهما تكاذب عتق سالم، ورق غانم، لأن عتق المرض مقدم على عتق الوصية، وكان للوارثين أن يسترقا من شهدا بعتقه في الوصية لعجز الثلث عنه.

مسألة(١): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لِعَشْرَةِ أَعْبُدٍ لَهُ أَحَدُكُمْ حُرٌّ سَأَلْنَا الْوَرَثَةَ فَإِنْ قَالُوا لَا نَعْلَمُ أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ وَأُعْتِقَ أَحَدُهُمْ كَانَ أَقَلَّهُمْ أَوْ أَكْثَرَهُمْ».

قال الماوردي: وإطلاق قوله: لِعشرة أعبد له، أحدكم حر، ولم يُسَمِّه ينقسم قسمين:

أحدهما: أن يقصد بإطلاقه تعيين العتق في أحدهم، فهو الحر من بينهم، ويرجع إليه في بيانه منهم، فإن بينه، فقال: هو سالم عتق، وكان بيانه خبراً، ورق من سواه.

فلو قال: هو سالم أو غانم رق من سواهما، وأخذ ببيان من أراده منهما. ولو قال: هو سالم لا بل غانم عتقا معاً، لأنه صار راجعاً عن سالم، ومقراً بغانم فلزمه إقراره، ولم يقبل رجوعه، ورق من عدا سالماً وغانماً من عبيده، فإن أكذبه أحدهم، وادعى أنه هو المعين بالعتق أحلف له السيد، وكان على رقه، وإن نكل السيد ردت اليمين على العبد، فإذا حلف عتق، فإن فات بيان السيد حتى مات رجع بعده إلى بيان ورثته إن كان عندهم بيان، وقام بيانهم مقام بيانه، لأنهم في ماله بمثابته، وإن لم يكن عند الورثة بيان، فمذهب الشافعي أنه يقرع بينهم، ويعتق من قرع منهم، ويسترق باقيهم، لأن القرعة موضوعة لتمييز الحرية من الرق. وذهب أصحابه إلى المنع من القرعة، وتوقفهم على بيان قاطع، لأن دخول القرعة يفضي إلى رق من أعتقه، وعتق من أرقه، وهذا فاسد، لأن البيان فائت، ووقوف أمرهم مضر بالحر في حق نفسه، ومضر بالأرقاء في حقوق الورثة، فلم ينتف الضرر في الجهتين إلا بالقرعة.

والقسم الثاني: أن يبهم العتق فيهم، ولا يقصد تعيينه في أحدهم، فيؤخذ بتعيينه، ويكون في التعيين على خياره، فإذا عينه في أحدهم عتق، ورق من سواه، وسواء كان أكثرهم قيمة أو أقلهم، فلو ادعى غيره التعيين لم تسمع دعواه، لأنه في هذا التعيين مخبر وليس بمخير، فلو قال عند التعيين: هو سالم لا بل غانم عتق سالم دون غانم بخلافه في القسم الأول، لأن هذا تخيير في تعيين عتق قد لزم، فإذا عينه في الأول سقط خياره في الثاني، وليس كذلك حكمه في القسم الأول، لأنه إخبار لا خيار له فيه، فلم يسقط حكم خبره في واحد منهما، فإن فات تعيينه للعتق بموته، فقد اختلف أصحابنا: هل يقوم ورثته مقامه في التعيين؟ على وجهين: **أحدهما**: يقومون مقامه فيه، ولهم أن يعينوا ما أبهمه من العتق فيمن أرادوا، لأنهم يقومون مقامه في حقوق الأموال. **والوجه الثاني**: لا حق لهم في تعيين ما أبهمه، لأن تعيين المبهم موقوف على خيار المعتق بحسب غرضه، وهذا معدوم في ورثته، فعلى هذا يعدل إلى تعيينه بالقرعة، ويعتق منهم من قرع.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

فصل

وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم وترك مائتي درهم ديناً أو غائبة لم يجعل عتق جميعه، وإن كان خارجاً من ثلث التركة لو نضت لجواز أن يقوى الدَّين أو تتلف الغائبة، وعجل عتق ثلثه، ووقف ثلثاه متردداً بين العتق إن نضت والرق إن تلفت، وملك ثلث كسبه المستحق بعتقه.

فأما ثلثا كسبه المستحق بالموقوف عنه، فله أن ينفق منه على نفسه ثلثي نفقته، وفي الباقي منه وجهان: **أحدهما**: يكون موقوفاً معه، فإن عتق باقيه كان له، وإن رق كان للورثة، لأن كسبه نفع له. **والوجه الثاني**: أنه يكون للورثة لئلا يمتنعوا من الانتفاع بالوقف، فعلى هذا إن رق باقيه استقر ملكهم على ما أخذوه من كسبه، لاستقرار ملكهم على رقه، وإن عتق باقيه، ففي وجوب رده عليه وجهان: **أحدهما**: يرده الورثة عليه، لأن كسب الحر لا يملك عليه. **والوجه الثاني**: لا يلزمهم رده عليه، لأن حكم الرق في حال الوقف أغلب من حكم الحرية، فإن نَضَّ من الدَّين أو الغائب مائة، وبقيت مائة عتق منه ثلث آخر، وكان حكمه كحكم الثلث الأول، وكان ثلثه موقوفاً على نض ما بقي، ويمنع الورثة من بيع ما وقف منه، ومن رهنه، لأن الرهن موضوع للبيع.

فأما إجارته، فإذا راضاهم العبد عليها جاز، وإن منعهم منها، ففيها وجهان بناءً على اختلاف الوجهين في كسبه: هل يكون موقوفاً أو لورثته.

أحدهما: يمنعون منها إذا جعل كسبه موقوفاً.

والوجه الثاني: يمكنون منها إذا جعل كسبه لهم، فإن أعتقه الورثة ما وقف منه لم يعتق، وإن ملكوه، لأنه موقوف على عتق موروثهم، فلم ينفذ فيه عتق غيره إلا بعد إبطال عتقه، ولو دَبَّرُوهُ كان في تدبيرهم وجهان: **أحدهما**: باطل كالعتق. **والثاني**: جائز لتأخير العتق به، وتغليب حكم الرق عليه، والله أعلم بالصواب.

بَابُ من يَعتق عليهِ بالمِلك

مَسْأَلةٌ: قالَ(١): [١/أ] ومن ملكَ أحداً من آبائِهِ أو أمهاتِهِ أو أجدادِهِ أو جداتِهِ».

الفَصْلَ

جُملةُ هذا أن مذهبَ الشافعي رضي الله عنهُ أن كُلَّ من كَانَ من عَمود الولادةِ مثل الآباءِ والأجدادِ والأمهات والجداتِ والبنين والبنات وأولادهم، وإن سَفلُوا يعتقون عليهِ بالمِلك، وَلا يعتق غير هؤلاءِ، ويستَحب لمن يشتَريه حَتى يعتق، وَلا يجب ذلك، قالَ في «الأم»: ومن عَتقَ عليه منهم فله ولاءُهُ سواءَ كانَ الذي يملكه فيعتق عليهِ مُسلماً أو كافراً صغيراً أو كبيراً معتوهاً أو عاقلاً، وقالَ داود: لا يعتَقُ عليهِ بحالٍ فإنهُ إذا ملكَ والده يؤخَذُ بعتقه، واحتج بما رُوي أن النبيَّ ﷺ قال: «لن يجزي والدٌ ولده إلا أن

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

يجدَهُ مملوكاً فيشتريهِ فيعتقهُ»[(١)] فلوكانَ يعتقَ بنفس الملكِ لما قالَ فيعتقُهُ.

ودليلُنَا قولهُ سُبحانَهُ وتعالى: ﴿ٱتَّخَذَ ٱلرَّحْمَٰنُ وَلَدًا ۗ سُبْحَٰنَهُۥ ۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦] فأخبَرَ أنه لا يجتمع الولادة والعبودية. ورَوى الحَسنُ عن سَمرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قالَ: «من مَلكَ ذا رحم محرمٍ، فهو حرٌّ»[(٢)]. ورُوي عن ابن عمرَ رضي الله عنهما أن النبيَّ ﷺ قَالَ: «من مَلَكَ ذا رحم محرمٍ فهو عتيقٌ حين يملكَه»[(٣)]. وأيضاً فالولدُ حرٌّ من الأبِ لقولهِ تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ [١/ ب]وَٱلتَّرَآئِبِ ۝٧﴾ [الطارق: ٧]، وَالترائبِ: قيل في التفسير: يخرج من صُلب الرجل وترقوة المرأةِ، وقيل: من عظامِ صَدرِ المرأةِ. وقال النبي ﷺ: «فاطمةُ بضعَةٌ مني يريبني ما يريبها».

وكلُ من ملك نفسَهُ عتَقَ فكذلك إذا ملكَ ولدَهُ. وأما خبرهم قلنا قوله، فيعتقه معناهُ فيعتق عليهِ فعبر عن العتق بالإعتاقِ لأنه بسبب شراءهُ، وقالَ مالك: لا يعتق عليه الوالدان والمولودون والأجدادُ والجدات والإخوة والأخوات فقط. وقال أبو حنيفةُ: يعتق عليهِ كل ذي رحمٍ مَحرمٍ بالنسب من العمات والخالات والأخوالِ وأولادِ الإخوةَ والأخواتِ، وبه قالَ جَابرٌ بنَ زيد وعطاءٌ والشعبيُّ والزهريُّ والحكم وحماد والثوريُّ وأحمدُ وإسحاق، واحتج بالخبر الذي ذكرنا، ورويَ عن عمرَ رضي الله عنهُ أنه قال: من ملكَ ذا رحم محرمٍ، فهو حرٌّ[(٤)] ومثله عن الحسنِ البصريِّ[(٥)].

وروي عن ابن مَسعودٍ رضي الله عنهُ أن ابن الأخ يعتق على العمِّ. ودليلُنا أن كل قريبٍ جاز للمكاتبِ بيعَه لا يعتق على الحرِّ إذا مَلكهُ كابن العم وأمَّا الخبرُ، قلنا: يخصّهُ بالوالدين والمولودين بدليل ما ذكرَ.

فَرْعٌ

إذا عتق عبد ملكه فبماذا يعتق وجهان: **أحدهما**، يعتقُ بالسَبب الذي ملكه به بابتياع كان العقدُ موجباً للملكِ والعتق فعلى هذا يسقط فيهِ خيار البائع والمشتري ويجري مجرى قوله للبَائع: أعتق عبدكَ عني بألفٍ فأعتق. والثاني، أنه يعتق بعد استقرار العَقدِ الذي ملكه به ليكونَ بالعقد مالكاً، وبالملكِ معتقاً لأن العقدَ الوَاجب [٢/ ب] لا يجوز أن يكونَ مُوجباً لإثبات الملكِ، ولإزالتهِ في حالةٍ واحدةٍ فعلى هذا يُثبت فيه خِيار المجلسِ في حق البائع وفي ثبوتهِ في حق المشتري وجهان، بناءً على أنه يملكُ بالعقد أو بانقضاءِ الخِيار، فإن قلنا: يملك بالعقدِ فلا خِيار له، فإن اختار البائع الفسخ انتقض

(١) أخرجه مسلم (٢٥/ ١٥١٠)، وأبو داود (٥١٣٧)، والترمذي (١٩٠٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي (١٣٦٥، ١٨٦٥)، وابن ماجه (٢٥٢٤، ٢٥٢٥)، وأحمد (٥/ ٢٠)، والحاكم (٢/ ٢١٤)، والطبراني في «الكبير» (٧/ ٢٤٩).

(٣) أخرجه أحمد (٥/ ١٨).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٤٢٢)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٠٣).

(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٤١٦)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٠٤).

به العتق، وإن اختارَ الإمضاء، استقرّ العتق، وإن قلنا: يملك بانقضاءِ الخيار فله الخيارُ وله الفسخُ ما لم يختر البائع الإمضاءَ فإن اختارَ البائعُ الإمضاءَ سقط خيارُ المشتري فكان إمضاءُ البائع قطعاً لخيارهِ وخيار المشتري.

فَرعٌ آخر

لو وهب لَهُ من يعتق عليهِ، فإن قلنا: الهبة توجب المكافأة لم يلزمه قبولها، وإن قلنا: لا توجب المكافأة، فهل يلزمهُ قبولها وجهان: **أحدُهما**، يلزمه ليعتقَ بهِ من هو مأخوذٌ بحقهِ وعلى هذا لو قالَ لعبده: أنتَ حرٌ إن شئتَ يلزمهُ أن يشاءَ ليعتق، **والثاني**: لا يلزمهُ لما يتعلقُ عليهِ بالقبولِ من حقوقٍ لا تجب عليهِ قبل القبولِ، فعلى هذا لو قالَ لعبدهِ: أنتَ حُر إن شئتَ يلزمهُ أن يشاءَ.

فَرْعٌ آخر

لو أوصى له بمن يعتق عليهِ فليسَ في قبول الوصيةِ مكافأةٌ. وفي وجوب قبولها وجهان، ذكره في الحاوي[1].

مَسألةٌ: قال[2]: «وإن ملكَ شقصاً من أحدٍ منهم بغير الميراثِ قومَ عليهِ ما بقي».

الفَصْل

إذا ملكَ جزءاً من أبيهِ عتق عَليهِ ثم لا يخلوُ، إمَّا أن يكونَ معسراً أو موسراً، فإن كانَ مُعسراً لا يقومُ عليه لأنه يزاد لإزالة الضرر، فلا يلحق الضررُ بالغير، وإن كانَ موسراً لا يخلو إمَّا أن يملكَ باختيارهِ أو بغير اختيارهِ، فإن كانَ باختيارهِ كقبولهِ الهبة، والابتياع [٢/ب]، أو القَبول عندَ الوصية لهُ بهِ يقوم عليهِ كمَا لو باشَر عتقَهُ لأن الضمانَ لا يجبُ بالسبب وهذا الشراء سَبب العتق، فإن قيل: هلا قلتم يقوم عليهِ إذا كانَ بغير عوضٍ كالموهوبِ منه، إذا ملكَ الشقصَ بغيرِ عوضٍ ليس للشفيع أخذُه. قلنا: لأنه يؤدي هناكَ إلى إلحاقِ الضَرر بالتملكِ، وها هنا لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالشريكِ المالك، وهو اختيار العتق حين قبل ذلكَ الملك المؤدى إلى الغير فقومنا عليه، فإن كان بغير اختياره ولا يتصور ذلكَ إلا في الميراث بأن يرثه لا يقوم عليه لأنه دخل في ملكه بغير اختيارهِ فأشبهَ إذا أوصى بعتق جزءٍ من عبده، فمات أعتق ذلك الجزء عنهُ، ولا يقوم عليه الباقي.

فَرْعٌ

لو لم يختر تملكه ولكنه باشر فعلاً تضمن ذلكَ الفعل اجتلاباً للملكِ، ففي تقويم الباقي عليه وجهان، مثل أن يملك المكاتب بعض من يعتق على سَيدهِ، ثم عجزَهُ السيدُ فعتق عليهِ ذلكَ الشخص، هل يقومُ عليه الباقي أم لا؟ وكذلك لو ملكَ ابن عمهِ فباعَهُ بثوبٍ وماتَ فورثَهُ عمه فوجد العمُّ بذلك الثوب عيباً فردَهُ، فعاد إليهِ بعض ابنه فعتق

---
(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٧٤). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

عليه ففي التقويم وَجهان فإن رَدّ عليه بالعيب لم يقوم الباقي وجهاً واحداً. وكذلك لو أوصى لرجلٍ ببعض ابنه فمات الموصي، ثم مات الموصى له قَبل القبول وورثه عمهُ فقبل الوصية عتق عليه ما أوصى له من ابنِهِ، وفي تقويم الباقي الوجهان.

مَسألةٌ: قال[1]: وإن وهَب لصبيٍ مَنْ يعتقُ عليهِ.

الفَصْلَ

المولى عليه إذا وهِب منه أبوه لا يخلُو [٣/أ]، إمَّا أن يكونَ مُعسراً أو موسراً، فإن كانَ مُعسراً يجبُ عليهِ قبوله لأنه إذا كانِ حُراً يكون أجمل له من أن يكونَ عَبداً، ولأنه ربما ينتفعُ به بأن يكون مكتسباً، فيصيرُ الكسب موسراً، فينفق عليهِ. وإن كانَ موسراً ينظرُ فيه فإن كانَ صحيحاً مكتسباً يجب عليه قبوله لأن لا يستضرُ بذلك، وإن كان زمناً لا يجبُ عليه قبوله لأنه يستضرّ به لوجوب النفقَةِ. ولا يجوز لهذا المعنى، وإن كان صحيحاً غيرُ مكتسبٍ فهل يجبُ قبولُهُ هو مبنيٌّ على القولين في وجوب النفقةِ عليهِ، فإن قلنا: تجبُ نفقَة الصَّحيح غير المكتسب على الابن لا يجوز قبوله لأنه يستضرُّ به، وإن قلنا: لا تجبُ النفقة يجب قبولهُ وهكذا إذا أوصى له بهذا الأب. وقالَ في الحاوي[2]: إذا كانَ موسراً والابن زمن غيرُ مكتسبٍ بل يلزمه قبولُهُ فيهِ وجهان: أحدهما، ما ذكرنا، والثاني يلزمهُ قبوله لأنه يَستفيد بالقبولِ عتق أبيه، واستحقاق الولاءِ عليهِ، وهذا غريبٌ، وإن وهب له أو أوصى له ببعضٍ من يعتق عليهِ، فإن كانَ مُعسراً لا مال له سِواهُ كانَ على الوصي أن يقبل لأنه لا يستضر به من أجل أنه لا يقوم عليه الباقي والمقبول يعتق على الصبي وحدهُ. وإن كان الصبي موسراً لم يجز للوصي القبولُ مخافةَ السراية في مالِ الصبي لأنه موسرٌ، فإن قبلهُ فمردودٌ. نصّ عليهِ في كتاب العتق من «الأم»، ونقله المزني.

وقال في كتاب الوصايا: يعتق ما ملكَ على الصبي ويقبل الوصي ذلكَ لأن في قبولهِ منفعة ويقف العتق على المقدارِ المقبولِ، ولاَ يَسري إلى الباقي، وإن كانَ الصبي مُوسراً [٣/ب] لأن في السراية ضرراً عليهِ والشرعُ أمر بدفع الضَرر عنه فلم يتعلق ذلك بقبولهِ ولأنه يدخلُ في ملكه بغيرِ اختياره، فلا يقومُ عليه. وهذا إذا كانَ الأبُ كسوباً، فإن كانَ زمناً غير كسوب لا يقبل الضرر على ما ذكرنا، وكل موضع، قلنا: يقبلهُ الوصي فلم يقبله قبلَهُ الحاكمُ، أو نصب من يقبله، فإن لم يفعل وتركهُ، فإذا بلغ الصبيُّ كانَ له قبولهُ.

فَرْعٌ

لو باعَ عبداً من أبيهِ وأجنبيّ صفقةً واحدة بعتق نصيب أبيه ويسري إلى نصيب شريكه ويجبُ عليهِ قيمته إذا كانَ موسراً. وقالَ أبو حنيفةَ: لاَ يضمنُ لشريكه لأن ملكه لا يتم

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٧٧).

إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في إعتاقِ نصيبه، وهذا لا يصحّ لأنه عتق عليهِ نصيبهُ بملكه باختياره فيقومُ عليه الباقي مع يساره كما لو انفردَ بشرائهُ. وأمَّا ما ذكره فلاَ يصحُّ لأنه لا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه ولا نسلم أنه إذا أذنَ لهُ في إعتاقِ نصيبه يسقط ضمان نصيبه.

فَرْعٌ آخرُ

لو مَلكَ المحجورُ عليه بالسفهِ نصف أبيه بهبَةٍ أو وصيةٍ يعتق عليه وفي تقويم باقيه عليهِ إذا كانَ موسراً به وجهان: **أحدهما**: لا يقومُ عليه لأنه بالحجرِ كالمُعسرِ، **والثاني**: يقوم عليهِ لاستحقاقهِ بالشرع كالنفقاتِ.

فرعٌ آخرُ

لو اشترى نصف أبيهِ ولم يعلم يقوم عليهِ البَاقي لأن التقويم معتبرٌ باختيار الملكِ لا باختيار العتقِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو غنمَ أبوه وهو أحدُ شركاءِ غانميه، فإن لم يكن في الغنيمةِ غير أبيهِ فقد [٤/ب] تعين حقه فيهِ، فإن باشر غنيمتَهُ عتق عليهِ سهمُه منهُ، وقوّم عليهِ باقيهِ لأنه قد ملكه باختيارهِ، وإن غنمه شُركاؤهُ ولم يباشر غنيمتهُ عتقَ عليهِ سهمُه منهُ، ولم يقوم عليهِ باقيه لأنه ملكه بغيرِ اختياره.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لمن لا يولد لمثله: هو ابني لم يعتق عليه، وبه قال أحمدُ، قالَ أبو حنيفةَ: يعتق ولا يثبتُ نسبُه لأنه اعترفَ بما يثبتُ به حريتَه، فأشبه إذا أقر بحريته ودليلُنا أنا إذا تحققنا كذبه فيما أخبرَ به، فلم يثبت ما تضمنَهُ، كما لو قالَ: أعتقتك منذ ألف سنةٍ وهذا الخلاف إذا قال لعبده، وهو أكبر سناً منهُ، أنتَ ابني.

فَرْعٌ آخرُ

إذا ولدتَ المزنيّ بها ولداً وملكه الزاني لم يعتق عليهِ، وقالَ أبو حنيفة: يعتق عليه لأنه مخلوقٌ من ماءه في الظاهر، ودليلنا أنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب، فلا يتعلق بها وجُوب الإعتاق كما لو أتت بهِ لأكثر من أربع سنين من حين الزنا.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[1] إذا قالَ لعبده أو لأمتهِ: أنت طالقٌ لو ملكتكَ نفسكَ أو أزلت ملكي عنكَ أو ملكت على نفسك، وأراد العتق عتقَ، وقالَ أبو حنيفة: لا يقع الإعتاق بلفظ الطلاق. قال: ولو أعتقه بصفةٍ أو شرطٍ لم ينفذ إلا بما أوقعهُ، ولو أعتقَهُ على

(١) انظر الأم (٧/ ٣٤٩).

شرطين، أو على صفتين أو أكثر لم يعتق إلا بكمالِ الشرطين أو الصفتين.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبدِهِ: أنتَ حرٌ على مائة دينارٍ وخدمةِ سَنةٍ، فقبلَ العبدُ العتق على ذلكَ كان حراً، وكان عليه ما شرطهُ [٤/ب] سَيدهُ، فإن مات قبلَ أن يخدمَ رجع المولى بقيمةِ العبد عليهِ في مالهِ إن كانَ لهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو أعتق عبداً على أن يخدمه بعد العتق مدةً معلومةً اتفقا عليهِ ورضيا به جاز خلافاً لبعضِ العلماءِ، ويجعل عتقه ناجزاً وعليه الخدمة. وروي أن عمرَ رضي الله عنهُ أعتق عبيداً من بيت المالِ وشرط عليهم أن يحفروا القبور فكانوا على ذلكَ، وروي أنه أعتق عبيداً وشرط عليهم أن يخدمُوا الخليفةَ بعدَهُ ثلاث سنين. وقال سفينة: أعتقتني أم سلمةَ رضي الله عنها وشرطت عليّ أن أخدمَ رسول الله ﷺ ما عشتُ، قلت: إن لم تشترطي علي ما فارقت رسول الله ﷺ. وكان ابن سيرين يثبت الشرط في مثل هذا، وسئل أحمد عنه فقال: يشتري هذه الخدمة من صاحبه الذي اشترط له، قيل له: يشتري بالدراهم، قال: نعم.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: أنت حرٌ وعليك مائة دينار، أو أنت حر أو خدمة سنة عتقَ في الحالين معاً ولم يلزمه شيءٌ. قال: وإن أجل أعتق عليه لم يقع العتاق قبلَهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبد لا يملكه: إن اشتريتك فأنت حرٌ لوجهِ اللَّهِ تعالى، أو قال لأمةِ رجلٍ: إن اشتريتك ووطئتكِ فأنت حرةٌ، فاشتراها ووطئها لم تعتق.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبدِهِ إن دخلتَ الدار، فأنت حرٌ فباعَهُ ثم دخل الدار لم يعتق، فإن لم يدخل الدار حتى ابتاعه لم يعتق في قوله الجديد، وفي أحد قوليه القديم وقد تقدم الكَلامُ فيه.

فَرْعٌ آخرُ

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو اشترى المديون [٥/أ] من يعتق عليه في مرضهِ فيهِ وجهان: **أحدهما**: لا يصح الشراء، وبه قال ابن سُريج، **والثاني**: يصحُّ الشراء ولا يعتق عليه بل يباعُ عليه في دينهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو وهب من المديون من يعتق عليه يترتب على الشراء، فإن قلنا: يصحّ الشراء، فالهبة أولى، فيباع عليه، وإن قلنا: لا يصحّ الشراء، ففي الهبةِ وجهان: **أحدهما**: يصح ويعتق عليه بخلاف الشراء لأن ها هنا لم يخرج بإزائه شيئاً، وفي البيع إخراجُ الثمن.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: إن بعتكَ فأنتَ حرٌ، فباعه بيعاً فاسداً لا يعتق خلافاً للمزني، وهذا لأن مطلق البيع الصحيحُ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ لعبديهِ: أحدَكما حرٌ فقتلا طولبَ بالبيان. وقالَ أبو حنيفة: انقطعَ البيانُ ووفقنا فيه إذا أفقىء عينيهما، أو قطع أيديهما أنه يطالبُ بالبيان.

فَرْعٌ آخرُ

إعتاقُ الحربي ينفذ عندنا وله ولاءه إذا أسلما خلافاً لأبي حنيفة، وهذا لأنه ملكه ملكاً تاماً فينفذ فيه عتقه كالذمي.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ ابن الحداد: إذا كانت أمةٌ لرجلٍ لها ابن موسرٌ . . . فتزوجها رجل فحملت منهُ ثم اشتراها ابنها وزوجها صفقة واحدةً، فإن نصيب الابن من أمهِ يعتق عليهِ ويَسري إلى نصيب الزوج ويعتق عليه، ونصيب الزوج من الحمل يعتق عليه ببنوتهِ، ونصيبُ الابن من الحملِ يعتق ولاَ يجب لأحدهما على الآخر من قيمةِ الحملِ شيءٌ لأنه عتق عليهما في حالةٍ واحدةٍ، قال: فلو كانت المسألة بحالها، ولكن مالك الجارية يوصي لهما بها فقبلا الوصيةَ نظر فإن كانا قبلاها في حالةٍ واحدةٍ، فالحكم [٥/ب] في ذلك على ما ذكرنا فيهِ إذا اشتراهَا، فإن قَبِلَ أحدهما دُونَ الآخرِ بنَى ذلكَ على القولين متى يملك الموصى له، فإن قلنا: يتبين بالقبول أنه ملكَ بالموتِ فالحكم فيهِ على ما ذكرنا فيه إذا قبلا دفعةً واحدةً، وإن قلنا: إنه يملكُ بالقبولِ من حين القبولِ، فإن قبل الزوج أولاً عتق عليه حصته من الحمل وَيسري إلى الباقي ووجب عليه قيمة الباقي إذا كانَ موسراً، فإن قبل الابن عتق عليه حصتهُ من الأم وسرى إلى الباقي، ويقوم عليه ويتقاصّان ويرد من عليه الفضل وإن قبل الابنُ أولاً عتق عليه حصتهُ من الأم وتبعها حصتهُ من الولدِ وسرى العتق إلى الباقي من الأم والولد، ووجبت عليه قيمتهما.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: إذا كان لرجلٍ نصفان من عبدين وقيمة العبدين سواءٌ ولا مالَ له سواهما فأعتق أحدهما في صحةٍ نفذ العتق وسَري إلى نصيب شريكه لأنه يملك بقدره، وهو النصف الآخر، فإن أعتق النصفَ الآخر من العبد عتق أيضاً إن كانَ في صحتهِ ولم يسر إلى نصيب شريكه لأنه معسرٌ ولا يمنع ثبوت قيمة النصيب الذي سرى إليه عتقه في ذمته من نفوذ عتقه في نصيب الآخر لأنهُ لم يتعلق بعين مالهِ وإنما تعلق بذمتهِ، فإن أعتقه في مرضه المخوف لم ينفذ لأن الدين معلق بمالهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ أيضاً: إذا شهد شاهدان أنه أعتق زيداً في مرضه وحكم الحاكم بشهادتهم ثم

رجعا عن الشهادة وشهد آخران أنه أعتق عمراً وحكم بشهادتهما وقيمة كل واحدٍ منهما قدر الثلث ومات أقرع بين العبدين لأن رجوع الشهود بعد حكم الحاكم لا يبطله، فإن خرجت القرعةُ على الأولِ عتق ورد الثاني، ووجب على الشاهدين، قيمة الأول للورثة، وإن خرجت القرعةُ على الثاني عتق ورق الأول، ولا شيءٌ على الشاهدين، [٦/أ] وقال بعض أصحابنا: هذا لا يصُح ويجب إذا خرجت القرعة على الأولِ أن يعتق الأول والثاني، وتجب قيمة الأول على الشاهدين لأن الورثة يصدقونَ الشاهدين في رجوعهما ولو كذبوهما لم يرجعوا عليهما بشيء، وإذا كان كذلك وجبَ أن يعتق الثاني بكل حالٍ، وإن اقتضت شهادتهما عتق الأول غرمنا قيمته وصار كأنه لم يعتق إلا الثلث وعلى ما قال ابن الحداد يحصلُ للورثةِ جميع التركةِ ويبطل عتق الثلث.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ أيضاً: لو شهد شاهدان على رجلٍ أنه أعتق شقصاً له من عبدٍ ثبت عتقه وسرى العتق إلى الباقي لأنه موسرٌ وغرم قيمتَهُ لشريكهِ ثم رجعا عن هذه الشهادة غرما قيمة النصيب الذي شهدا بعتقه دون قيمة نَصيب شريكهِ. وقال القاضي الطبريُّ: إنما كانَ كذلك لأنهما شهدا بعتق نصيبهِ وغرما قيمة نصيب شريكهِ والشهادة بالعتق توجب الضمان على الشاهدين فأمَّا الشهادةُ بالمالِ لا توجب الضمان على أحد القولين، إذا رجعا على الشهادةِ فأما على القول الآخر فيجب الضمان أيضاً. قال بعض أصحابنا في هذا نظر لأنهما لم يشهدا بالمال بل تضمّن ذلك شهادتهما وتضمن شهادتهما عتق نصيب الشريكِ، فإذا ألزمناهما ما تضمنته شهادتهما من المالِ وَجب أن يلزمها ما تضمنته من العتق فيكون الضمانُ عليهما قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ أيضاً: إذا كان عبدٌ بين شريكينِ، [٦/ب] فقال أحدهما: إن كانَ هذا الطائر غراباً فنصيبي حرٌ وقال الآخرُ: إن لم يكن غراباً فنصيبي حرٌ، وذهب ولم يعلما ما هو نظر، فإن كانا معسرين، فالعبدُ بحالهِ، وإن كانَ أحدُهما حانثاً لأنه لم يتعيّن فلا يزيل ملكُ أحد منهما، قال: فإن باعَ كل واحدٍ منهما نصيبَهُ من واحدٍ كانَ لهما أن يتصرفا فيهِ أيضاً، وإن باعاه جميعاً من واحدٍ عتقَ على المشتري نصفَهُ، لأنه قد تيقن أن نصفه حرٌ فلا يكون له أن يتصرفَ في جميعهِ وإن كانا مُوسرين، فإن قلنا: العتق يَسري باللفظ عتق جميعُه لأن كل واحدٍ منهما إن عتق شريكه يَسري إلى نصيبه لأنهُ يقول: شريكي حانث وَلا يجبُ لأحدهما على الآخر شيءٌ لأنه لا يقبل قوله عليهِ، وإن قلنا: إنه يَسري بأداءِ القيمةِ لم يعتق العبدُ ولكن لا يكون لكل واحدٍ منهما بيع نصيبهِ لأنه قد استحق عتقه، وهل ينفذ عتقه فيهِ وجهان مضيا، وإن كان أحدهما موسراً، والآخر مُعسراً عتق نصيب المعسر لأنه يعترفُ بأن شريكه الموسر حنثَ وإن عَتقَهُ سَرى إلى نصيبهِ، ولا يعتق نصيب المُوسر لأن شريكهُ معسرٌ وعتق المُعسر لا يَسري هذا إذا قلنا:

يَسري باللفظ، وإن قلنا: يَسري بأداءِ القيمةِ لم يُحكم بنفوذِ العتق ولكن يمنعه من التصرفِ فيه على ما بيناهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو ابتاع في مرضه من يعتق عليه قد ذكرنا من قبل أن ثمنَهُ معتبرٌ من الثلثِ ولا يورث عند جمهور أصحابنا، وقالَ أبو الحسن بن اللبان الفرضي: يورث لأن المعتبر من الثلث هو الثمن وهو حقُّ البائع [٧/أ] يخرج أن يكونَ وصيةٌ لهذا المعنى، وإن ضاقَ الثلث عن ثمنه ولم يملك غيرُهُ فيه وجهان: **أحدهما**: يمضي البيع في جميعه ويعتق عليه ثلثه ويُرق ثلُثاه لورثتِهِ، فإن كان ورثته ممن يعتق عليهم عتق من ملكهم، ويكون لهم ولاءُ ثلثيه وللموروث ولاءُ ثلثِهِ، وإن كانوا ممن لا يعتق عليهم كان ثلثاهُ باقياً على رقهم، **والثاني**: يمضي البيعُ في ثلثِهِ ويفسخ في ثلثيه إذا رضي البائع بتفريق الصفقة، فإن لم يرض ففي فسخِهِ وجهان من الوجهين في عتقهِ، هل وقع بالعقد، أو بعد استقراره، فإن قلنا: وقع بالعقدِ لا يُفسَخُ، وإن قلنا: وقع بعد استقرار العقد، فله الفسخُ، فإن جوّزنا الفسخَ ففسخَ عاد رقيقاً إلى ملكِ البائع وعاد إلى الورثةِ كل الثمن، وإن قلنا: لا يفسَخُ أمضى البيع في ثلثهِ وعتق على المشتري وفسخ البيع في ثلثيهِ ورد على بائعهِ واسترجعَ منه ثلثا الثمن ودفعَ إلى الورثةِ وإنما جعل لهما ثلثا الثمن ولم يجعل لهما ثلثا الرقبة لأنهم لا يملكون بالإرث إلا ما ملكه الموروث والموروث لا يجوز أن يستقر ملكه عليهِ فلم يستقر ملك ورثته عليهِ، فلذلكَ عدلنا عن توريث رقبته إلى توريث ثمنه، وإن كان ثلثاه مسترقاً في الحالين.

فَرْعٌ آخرُ

لو اشترى أباهُ في مرضه بمائتي درهم وقيمته مائة درهم وترك مائةَ درهم فيهِ ثلاثة أوجه: **أحدُها**: يجعل العتق مستوفي على المعتق والمحاباة والعتق مائة والمحاباةُ مائة والتركةُ ثلاثمائة فيعتقُ من الأبِ نصفه بمائةٍ نصفها محاباةٌ ونصفها عتقٌ. ويفسخُ البيعُ في نصفهِ بمائةٍ تدفعُ إلى ورثتِهِ مَع المائةِ التي تركها [٧/ب] يَصيرُ مَعهم مائتا درهم هي مثلاً ما خرج بالعتق والمحاباة، **والثاني**: تقدم المحاباةُ في الثلث على العتق لأنها أصل العتق وهي مستوعبةٌ للثلث ويُرق الأب للورثةِ إن كان ممن لا يعتق عليهم وقيمتُه مائةُ درهم تضم إلى المائةِ يصير معهم مائتا درهم وَهي مثلاً ما خرج بالمحاباةِ، والثالثُ: يُفسخُ فيه البيع ويعاد إلى رق البائع حتى لا يورثُ عن غير مالكٍ وتسترجعُ الورثة جميع ثمنه ويبطلُ بذلكَ حكم البيع والمحاباة.

فَرْعٌ آخرُ

إذا ملكَ ذوي رحمهِ من الرضاعِ لا يعتقُ، وبه قالَ جمهورُ العلماءِ. وقالَ شريكُ بن عبد اللّهِ القاضي: يعتق وهذا خطأٌ لأنه يفارق أهل الأنساب في الأحكامِ من الميراث والولاية وغيرهما.

كتاب الولاء

قالَ: أخبرنا محمد بن الحَسنِ الخَبر.

الأصلُ في ثبوتِ الولاءِ للمعتق الكتابُ والسنَّةُ والإجماعُ، أمَّا الكتابُ، فقوله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِـَٔابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥]، الآية.

وأمَّا السنَّةُ: فما رويَ أن النبي ﷺ، قالَ: «الولاءُ لحمةٌ كلحمةِ النَّسبِ لا يُباعُ ولا يوهَبُ»[١]، ومعناه امتشاجاً كامتشاج النَّسبُ واختلاطاً كاختلاطه ولهذا قيل مولى القوم منهم، ولهذا لا تحل الصدقة لموالي بني هاشم، وأيضاً روى ابن عمرَ أن عائشةَ رضي الله عنهم أرادت أن تشتري [٨/أ] جاريةً فتعتقهَا، فقالَ أهلها: نبيعكهَا على أن ولاءها لنا فذكرت عائشةُ رضي الله عنها لرسول الله ﷺ، فقالَ: «لا يمنعك ذلكَ، فإن الولاءُ لمن أعتق»[٢]، ومعنى لا يمنعك ذلكَ إبطال ما شرطوه من الولاءِ لغير المعتقِ، وأيضاً ما روى عروةُ: أن بريرة جاءت عائشة رضي الله عنها تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت من كاتبها شيئاً، فقالت لها عائشةُ: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاءك لي فعلت، فذكرت ذلكَ بريرة لأهلها، فأبوا، وقالوا: إن شاءَت أن تحتسبَ عليك فلتفعل ويكون ولاءُكِ لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال لها رسولُ الله ﷺ: «ابتاعي وأعتقي فإن الولاءَ لمن أعتق»، ثم قامَ رسولُ الله ﷺ، فقالَ: «ما بالُ أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن شرَطَ مائة شرطٍ شرطُ الله أحق وأوثقُ»[٣]. وروي أنها قالت: إن باعوني إياكِ صببت لهم صَباً على أن يكونَ الولاءُ لي الخبر الذي قالت، ثم قام رسُول اللَّهِ ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه ثمَّ قالَ: «ما بالُ رجالٍ يشترطونَ شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطلٌ، وإن كانَ مائةَ شرطٍ قضاءُ الله أحقُّ وشرطُ الله أوثَقُ، وإنما الولاءُ لمن أعتق»، فإن قيل: هذا الخبر لا يصح لأنه يؤدي إلى الغرور، والنبي ﷺ لا يأمرُ بالغُرور. وقد روي: ابتاعي واشترطي لهم الولاء، وهذا غرور ولأن فيه بيعُ المكاتب، وهذا لا يجوز [٨/ب].

وقد طعنَ فيهِ يحيى بن أكثم القاضي بمثل هذا قلنا: ليس فيه شيءٌ يشبه معنى الغرور

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٦١٤٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢١٤٣٣، ٢١٤٣٤، ٢١٤٣٥)، وفي «معرفة السنن» (٦٠٥٣).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٩٩)، ومسلم (١١٤١)، والنسائي (٧/ ٣٠٠).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٩٦)، وابن ماجه (٢٥٢١)، وأحمد (٦/ ٢١٣).

والحلف وإنما فيه أن القومَ رغبوا في بيعها فأجازهُ النبي ﷺ وأذنَ لعائشةَ في إمضائهِ وكانوا جاهلين بحكم الدين في الولاءَ لا يكون إلا لمعتقٍ فطمعوا أن يكونَ الولاءُ لهم بلا عتقٍ فلما عقَدوا البيع وزال ملكهم إلى عائشة فأعتقتها صَارَ الولاءُ لها لأن الولاءَ من حقوق العتق، فلما تنازعوهُ قامَ رسول الله ﷺ، فبيّن أن الولاءَ في الشرع للمعتق،وقوله: اشترطي لهم الولاءَ لم يذكره أبو داودَ وإن صحت فتأويلها: لا تبالي بما يقولونَ، فإن الولاءَ لا يكونُ إلا للمُعتق، وليس ذلك على أن يشترَطَ لهم ذلكَ قولاً بل على معنى لا تلتفتي إليه، فإنه لغوٌ من الكلام، وكانَ المزني يتأوّله، فيقول قوله: اشترطي لهم الولاءَ، أي اشترطي عليهم كما قال تَعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱللَّعۡنَةُ﴾ [الرعد: ٢٥] أي عليهم.

وأمَّا قوله: بيعُ المكاتب لا يجوز ففي الخبر ما يدل على أنها كانت عجزت عن أداءِ نجومها ورضيت بأن تباع وبيعُها يكون فسخاً للكتابة. **وقولهُ**: ما بالُ أقوامٍ يشترطون شُروطاً ليست في كتاب الله تعالى يُريد ليست على حكم الله تعالى، وعلى موجب قضاياهُ، ولم يرد به ليست في كتاب الله نصاً فإن أكثر الشروط الجائرة ليست في كتاب الله نصاً. وروي هذا الخبر، أنه قالَ: اشتريها وأعتقيها، فإن الولاءَ لمن أعطى الثمن.

وأمَّا الإجماعُ فلا خلاف بين المسلمين فيه.

واعلم أن الولاءَ يشتمل ثلاثة أحكام **أحدُها**: الميراث **والثاني**: تحمل العقل، والثالث: الولاية في عقد النكاح والصلاة على الميت، [٩/أ] وقد ذكرنا هذا فيما تقدم. واعلم أنه لا يجوز بيع الولاءِ وَهبته. وبه قال جمهور العلماءِ، وروي ذلكَ عن عمر وعليّ وابن مَسعود وابن عمرَ رضي الله عنهم. وقال عروة بن الزبير وسَعيد بن المسيب والأسود وعلقمة والشعبي والنخعي: يجوز بيع الولاءِ وهبتُهُ والوصيةُ به واحتجوا بما روي عن عمرو بن دينار أنه قالَ: وهبت ميمونة بنت الحارث زوج النبي ﷺ ولاءَ سليمان بن يسارٍ لابن عباسٍ رضي الله عنهما، وكانَ مكاتباً لها وابن عباس ابن أختها، ودليلُنا، ما روى ابن عمرَ رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاءِ وهبته. وقالَ محمد بن زياد كانت العربُ تبيع ولاءَ مواليها وتأخذ عليهِ المال وأنشدَ في ذلك:

فباعوهُ مملوكاً وباعوهُ معتقاً ... وليس له حتى الممات خلاصُ

فنهاهم عن ذلك وروي أنه ﷺ قالَ: «من تولى غير مواليه فقد خلعَ ربقة الإسلام من عنقه»(١)، وأمَّا ما رووه فلا يصح لأن الزهري أنكرهُ. وقال علي رضي الله عنه: «الولاءُ لحمةٌ كلحمة النسبِ لا يُباع ولا يوهبُ»، أقروه حيث جعله الله(٢). وقال ابن مَسعودٍ

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٣٢)، وانظر «مجمع الزوائد» (١/ ٩٧).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٤٤١)، وفي «معرفة السنن» (٦٠٥٤).

رضي الله عنهُ: الولاءُ نسب أفيبيع الرجلُ نسبه[١].

مسألةٌ: قالَ[٢] وفي قوله ﷺ: «إنما الولاءُ لمن أعتقَ» دليلٌ على أنه لا ولاءَ إلا لمعتق».

وقد ذكرنا أنه لا ولاءَ إلاّ للمعتق وحكي عن عمر رضي الله عنه أنه قالَ: ولاءُ اللقيط للملتقطِ، وقال الحكم وحَمادٌ: [٩/ب] يثبتُ الولاءُ لمن أسلم على يَديه، وله الرجوع فيه ما لم يعقل عنه، فإن عقل عنه أو عن صغار ولده لم يكن له أن يرجع فيه. وقال أبو يوسفَ: إن اقترنَ بهِ موالاةٌ توارثا وإلا فلاَ يتوارثان، وقال عمر بن عبد العزيز وإسحاق والزهري: يرثه على الأحوال كُلها، واحتجوا بما رويَ أن تميماً الداريُّ رضي الله عنهُ قال: يا رسول الله، ما السنةُ فيمن أسلمَ على يدي رجلٍ، فقالَ: هو أحقُ بمحياه ومماتِهِ[٣] ودليلنا ما ذكرناهُ، وقوله: أحق بمَحياه ومماتِهِ أي بدفنهِ والقيام بأمورهِ والإيثارُ والبر والصلة.

مسألةٌ: قال[٤]: «ولَو أعتقَ مُسلمٌ نصرانياً أو نصرانيٌّ مُسلماً، فالولاءُ ثابت لكل واحد منهما».

الفصل

قد ذكرنا: أنهُ إذا أعتقَ الذمي عبداً مُسلماً أو المسلم عبداً ذمياً ثم مات المعتق، فالولاءُ للمعتق ويرث المعتق من كان على دينهِ لأن اختلاف الدين يقطع الإرث، وإن لم يقطع الولاء كما يقطع إرث النسب وإن كانَ لا يقطع النسب، قال الله تعالى: ﴿وَنَادَىٰ نُوحٌ ٱبْنَهُۥ﴾ [هود: ٤٢]، وقالَ تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ إِبْرَٰهِيمُ لِأَبِيهِ ءَازَرَ﴾ [الأنعام: ٧٤]، فلم يقطع النسب باختلاف الدين فكذلك الولاءُ. وقال سفيان الثوري: يثبت الولاءُ ويرث بهِ وحكي عنه أنه قال: إذا كان المعتق مُسلماً يرث من المعتق الكافر لأن الإسلام يعلو، وحكي عن مالكٍ أنه قالَ: إذا أعتق الكافرُ مُسلماً لا ولاءَ له بل يكون ولاءُهُ لكافةِ المسلمينَ. وقالَ أيضاً لو أعتق نصراني نصرانياً ثم أسلم المعتق بطلَ ولاءُ مولاهُ، فإن أسلم مولاهُ لم يَعد إليهِ الولاءُ [١٠/أ].

مسألة: قالَ: «من أعتقَ سائبةً فهو مُعتقٌ، ولهُ الولاءُ».

صورةُ المسألةِ أن يقولَ لعبده: أعتقتك سائبةً، أو أنتَ حرٌ سائبة فإنهُ يعتَق ولا يتعلق بقوله سَابيةً حكم ويلغى ذلك، وقد ذكرنا أنه لو قالَ: أنتِ سَائبة فهو كنايةٌ، فإن نوى به العتقَ وقعَ، وإلا فلا. وقال مالكٌ: إذا قالَ: أعتقتكَ سائبةً، أو على أن لا ولاءَ لي

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٤٤٦). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٩١٨)، والترمذي (٢١١٢)، وابن ماجه (٢٧٥٢)، وأحمد (٣/ ١٠٢)، والدارمي (٢/ ٣٧٧)، والدارقطني (٤/ ١٨١)، والبيهقي في «الكبرى» (٢١٤٥٨)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥١٠).

(٤) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

عليكَ أو على أن ولاءَكَ للمسلمين ويكون ولاءه للمسلمينَ دون المعتق. وبه قال عمر بن عبد العزيز والزهريّ وربيعةُ، ودليلنا قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»، وقيل في قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ﴾ [المائدة: ١٠٣]، أراد بالسائبة هذا. وروي أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقالَ: إني أعتقت غلاماً لي وجعلته سائبةً، فمات وترك مالاً، فقال عبد الله: إن أهل الإسلام لا يسيبونَ إنما كانَ يسيبه أهل الجاهليةِ، وأنتَ وارثه، وولي نعمته، فإن تحرجت من شيءٍ فأدناهُ أن تجعله في بيت المالِ[١]، ويروى عن سَالم مولى أبي حذيفة أنه كانَ مولىً لامرأةٍ من الأنصار، ويقال لها: عمرةُ بنت يعار أعتقته سائبةً فقتل يومَ اليمامةِ فأتى أبو بكر الصديق رضي الله عنهُ بميراثهِ فقال: أعطوهُ عمرة فأبت تقبله، وقيل: أتى عمرَ رضي الله عنه بميراثه فدعا وديعة بن خدام وكانَ وارث عمرة بنت يعار، فقال: هذا ميراث مولاكم فخذوه، فقالَ: يا أمير المؤمنين أعتقته صاحبتنا سائبةً وقد أغنانا الله عنهُ فلا حاجة لنا بهِ فجعله عمر رضي الله عنه في [١٠/ب] بيتِ مالِ المُسلمينَ[٢].

وروي أن طارق بن المرتع أعتق أهل بيتٍ سوائب، فأتي بميراثهم، فقال عمرَ رضي الله عنهُ: أعطوه ورثة طارق فأبوا أن يأخذوه، فقال عمر: اجعلوه في مثلهم من الناس[٣]. ولأن الولاءُ من مقتضى العتاق كالرجعة في الطلاق الرجعي ولا تسقط الرجعَةُ بالشرط فكذلكَ الولاءُ. ثم قال الشافعيُّ رضي الله عنه بعد هذا رداً على مالكٍ في السائبة، فقال: والمعتق سائبةٌ معتقٌ وهو أكبرُ من هذا في معنى المعتقين يعني قد زاد على سائر المعتقين في قصد إزالة الملكِ، فكيفَ لا يكونُ له ولاءٌ، فالمعتق سائبة قد أنفذ الله له العتق لأنه طاعة، وأبطل الشرط بأن لا ولاءَ له لأنه معصية، وقالَ رسولُ اللَّهِ ﷺ: «الولاءُ لمن أعتقَ».

مَسْألةٌ: قالَ[٤]: «ومَن وَرثَ مَن يعتُق عَليهِ أو ماتَ عن أمِ ولده فلهُ ولاءَهُم وإن لم يعتقهم صريحاً لأنهم في معنى من أعتق».

جملةُ هذا أن كل مملوكٍ عتق على غيره باختياره، أو غير اختياره ثبت ولاءه له وَلَو باع عبدَهُ من نفسهِ بمالٍ في ذمتهِ، ففي ولائه وجهان: **أحدُهما**: أنه لسيده **والثاني**: أن لا ولاءَ لسيده لأنه لم يعتق من ملكه ولا يملك العبد الولاءَ على نفسهِ.

مَسْألةٌ: قالَ[٥]: «وإذا أخذَ أهل الفرائضِ فَرائضَهُم، ولَم يكنْ لَهُ عصبةُ قرابةٍ من قبل الصُلب كان ما بقي للمولى المعتق».

جُملةُ هذا أن ما يكونَ العصباتِ للنسب فهو للمعتق إن لم يكن عصبَة النسبِ لما

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٤٧٣)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥١٨).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٤٧٤)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥١٨).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٤٧٦).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢٧١).
(٥) انظر الأم (٥/ ٢٧١).

رُويَ أن ابنةُ حمزة أعتقت جاريةً لَهَا [١١/أ] فماتت المعتَقة وخلفت مالاً ولم يرثها إلا ابنةٌ واحدةٌ فأعطى رسولُ الله ﷺ الابنة النصف وأعطى المعتقة الباقي[١] وليسَ هذا حمزة عم النبي ﷺ إنما هو حمزةُ آخرُ. وروى الحسنُ: أن رجلاً أتى النبي ﷺ برجلٍ، فقال: اشتريته وأعتقته، فقال: هو مولاك إن شكرك فهو خير لهُ وإن كفرك فهو شر له وخير لك، فقالَ: ما أمر ميراثه، فقال: إن ترك عصبةً، فالعصبة أحق به وإلا فالولاء. وروى سعيد بن المُسيب أن النبيّ ﷺ قالَ: «المولى أخٌ في الدين ونعمة يرثهُ أولى الناس بالمعتق»[٢].

مَسْألةٌ: قالَ[٣]: «ولو تركَ ثلاثةَ بنينٍ، اثنانِ لأمٍ، فَهلكَ الذي لأم وتركَ مالاً».

الفصلَ

جملةُ هذا أن الولاء للكبير، وهكذا قالَ رسولُ الله ﷺ وقد صَوّرَ الشافعي فيما قضى به عثمان رضي الله عنه وإن كانَ في غيره أقربُ وهي في رجل أعتق عبيداً استحق ولاءَهم ثم مات المعتق عن ماله وولاءُ مواليهِ، وخلف ثلاثة بنين اثنان منهم لأم وواحدٌ من أم أخرى فورثوا مالهُ وولاءَ مواليهِ أثلاثاً بالسوية ثم مات أحدُ اللذين من أم وخلف أخاهُ لأبيهِ وأمهِ وأخاهُ لأبيه وأخاهُ لأبيه ثم مات الأخ من الأبوين وخلف ابنين وأخاه لأبيه فورث ماله ابناهُ دون أخيه وتنازعوا في ولاءِ المولى، فقال الأخ: بولائهم منكما لأني ابن مولى، وأنتما ابنا ابن مولى، وقال ابنا الابن: لكَ ثلث ولائه ولنا ثلثاه حق أبينا بميراثه عن أبيهِ وأخيهِ [١١/ب] فقد اختلف في استحقاق الولاءِ هل يكون معتبراً بموت العبد المعتق فيستحقه الكبير من عصبات المولى، أم يكون معتبراً بموت المولى المعتق، فيكون مشتركاً بين القريب والبعيد، فمذهب عمرَ وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وأبي بن كعب وابن عمرَ وأسامةَ بن زيد وأبي مَسعود البدري رضي الله عنهم والحسن وابن سيرين وعطاء والزهري والشعبي والشافعي وأبي حنيفة وداود رحمهم الله: أن الولاء يستحقه الكبير اعتباراً بموت العبد المعتَق، فيكون ولاءُ من مات منهم لابن المولى دون ابن أبيه، وتفسير الكبير بالدرجةِ لا بالسن، فمن كانَ أقرب إلى المعتق، فهو الأكبَرُ ولو كانَ أصغر سناً.

ولو قالَ الشافعي: إذا مات أحد ابني المعتق عن ابنِ وأخ، فالأخ الذي هو ابن المعتق أولىٰ بالولاءَ لا أن يكفيه في تفسير قوله: الولاء للكبير. ولكنه صوّر فيما ذكرنا لما بيّنا أن الواقعة كانت هكذا في زمان عثمان رضي الله عنه، وذلك فيما روى عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام عن أبيه أن العامر بن هشام هلك وترك ثلاثة بنين، اثنان لأم وواحد من أم أخرى، فهلك أحد اللذين لأم وترك

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٤٩٠).
(٢) أخرجه الدارمي (٢/ ٣٧٢)، والبيهقي في «الكبرى» (٢١٥٠١).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٧٢).

مالاً وموالي فورثه أخوه لأبيه وأمهِ وووث ماله وولاءه إليه ثم هلك الذي ورث المال والموالي وترك ابنه وأخاهُ لأبيه، فقال ابنه: قد أحرزت ما كان أبي أحرز فقد أحرزت المال وولاءَ الموالي. وقالَ أخوهُ ليسَ كذلك إنما أحرزت المال فأمّا ولاءُ الموالي فلا: أرأيت لو هلك أخي اليومَ ألست أنا أرثه فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه فقضى لأخيهِ [١٢/أ] بولاءِ المولى، وحكى عن ابن مَسعود في روايةٍ وشريح أن ولاءَ من ماتَ منهم موروث يستحقه القريب والبعيد له اعتباراً بموت المعتِق، فيكون لابن المولى في هذه المسألةِ ثلث ولأبيهم وابني ابنه ثلثاهُ.

ودليلُنا ما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قالَ: «الولاء لحمة كلحمةِ النسبِ لا يباع ولا يوهبُ ولا يورث ولا يتصدق بهِ»، يعني لا يورث ميراث المال ولكن الكبير أقرب، فكان بالميراث أحق كالنسب ولأنه لما كانِ الميراث بالنسب معتبراً بموت الموروث كان كذلك في الميراث بالولاءِ، وعلى هذا لو خلفَ رجل ثلاثة بنين فمات واحدٌ منهم وخلفَ ابناً ومات الآخر، وخلف ابنين ومات الآخر، وخلف ثلاثة بنين، وظهر لجدهم المتوفى مولى فإن ولاءُهُ بينهم على ستة لكل واحد منهم سهمٌ، ولو ظهرَ له مالٌ لكانَ المالُ بينهم أثلاثاً للابن الواحد الثلث وللابنين الثلث وللثلاثة الثلث. والفرقُ بينهما أنهم يأخذون الولاءَ عن الجد لا عن آبائهم والمالُ يأخذونه عن آبائهم لا عن الجد فورث كل واحد منهم مقدار ما ماتَ عنهُ أبوه وهو الثلث، وعلى قول من جعل الولاءُ موروثاً يُعطيهم سهام آبائهم فيجعل الثلث لابن الابن والثلث لابني الابن الآخر والثلث لثلاثة بني الابن الآخر وتصح من ثمانية عشر سهماً، وعلى هذا لو اشترك أبٌ وابنٌ في إعتاق عبدٍ ثم مات الأب وخلفَ ابناً آخر ومات المعتقُ كان لابن المعتق ثلاثة أرباع ولاءه النصف منه بمباشرة عتقه والربع بميراثه عن أبيه والابن الذي ليس بمعتق ربع ولاية بميراثه عن أبيهِ [١٢/ب].

فلو ماتَ ابن المعتق وتركَ ابناً وأخاً ثم مات العبدُ المعتق كان لأخيهِ نصف ولائه وللابن نصف ولائه اعتباراً بالكبر على قولِ من جعل الولاءَ موروثاً جعل للأخ ربع ولائه وللابن ثلاثة أرباع ولائه، وعلى هذا لو أعتقت أمرأة عبداً وماتت وخلفت ابناً وأخاً ثم مات العبد كان ولاءه لخالهِ دون عمه لأن الخال أخو المعتقة والعم أجنبي عنها وهذا قول من جعلَه الولاء للكبر وعلى قولِ من جعل مَوروثاً يجعل الولاءَ لعم الابنِ، وإن كانَ أجنبياً من المعتقةِ دون الخالِ وإن كان أخاً لانتقال ماله إلى عمه دون خاله.

ثم قالَ الشافعي والإخوة من الأبِ والأم أولى من الإخوة للأب، وقد ذكرنا ذلك ولا خلاف فيه بخلافِ صلاة الجنازة وولاية النكاح في أحد القولين لأن للنساءِ مدخلاً في الولاء إذا أعتقن، أو أعتق من اعتقن فكان اجتماع قرابة الأم مع قرابة الأب فيه يوجب الترجيح على التفرد بقرابةِ الأبِ بخلاف ذلكَ.

فَرْعٌ

لو خلفَ أخاً لأم وعماً وابن عم كان الولاءُ للعم وابن العم ولا ولاءَ للأخ من الأم لأنه ليس بعصبة وابنُ العم عصبَة، ولو خلف ابني عم، أحدهما أخ لأم. قال القاضي أبو حامدٍ في الجامع كان ابن العم الذي هو أخ للأم أولى نص عليه الشافعي، قالَ أصحابنا: هذا صحيحٌ بخلافِ النسب، فإن هناك أخذ الأخ للأم شيئاً ثم الباقي بينهما لأنه استحق هناك فرضاً بالإخوة، فلم يترجح بها وههنا يأخذ فرضاً بها فترجح بها.

واعلم أن الولاءَ يستحق بشيئين أحدهما بأن يعتق [١٣/أ] مَملوكاً ويعتق ذلكَ المملوكُ مملوكاً آخرَ فيثبتُ له الولاءُ على ذلك، ويستوي فيه الرجالُ والنساءُ والثاني بأن يكونَ عصبةً للمعتق والتعصيبُ لا يثبتُ إلا للرجال ولا تعصيبَ للنساءِ فلا يستحقن الولاءَ عن المعتق، فإن قيل: إذا خلفَ المعتق ابناً وابنة فقد عصب الابنُ أختَهُ فيجب أن يستحقا الولاءَ قلنا: الولاءُ بمنزلة النسب المتراخي، والأخُ لا يعصبُ أخته في النسب المتراخي بدليل أن ابن الأخ لا يعصب أخته وابن العم لا يعصب أخته وعلى ما ذكرنا لو اشترت البنتُ أباها ثم مات الأبُ، فالمال كله لها نصفه بالنسب ونصفه بالولاءِ، ولو كانَ هناك ابن وابنة فاشتريا أباهما ثم مات كان المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالنسبِ ولاَ حكم للولاءِ مع النسب، ولو أعتق هذا الأبُ عبداً ثم مات الأبُ ثم مات العبد كان ولاء العبدِ للابن دونَ البنت لأنه عصبةُ مولاه، فكانَ مقدماً على مولاه فولاه. وأمَّا جرُّ الولاءِ فقد شرحناهُ في كتاب الفرائض. ونشير ههنا إلى بعض المسائل.

وجملته أن جرّ الولاءِ ثابت عندنا خلافاً للزهري ومجاهد وهو رواية شاذة عن زيد بن ثابت رضي الله عنه واحتجوا بأن الولاءَ كالنسب والنسب إذا ثبت في جهةٍ لم ينتقل كذلك الولاءُ ودليلنا أن النسب معتبر بالآباء دون الأمهات كذلكَ الولاء، وإنما اعتبر ههنا بالأم للضرورة من جهة الأب إذا ارتفعت الضرورة انتقل كولدِ الملاعنة إذا اعترف به أبوهُ عادَ إلى نسبه. وروى هشامُ بن عروةَ عن أبيهِ، [١٣/ب] قال: مرْ الزبير بموالٍ لرافع بن خديج، فأعجبوهُ، فقالَ: لمن هؤلاءِ، فقالوا: هؤلاءِ موالي لرافع بن خديج وأبوهم عبداً لفلانٍ، فاشترى الزبير أباهم، فأعتقه، ثم قالَ: أنتم مواليّ فاختصم الزبيرُ ورافعٌ إلى عثمان رضي الله عنهم، فقضى عثمان للزبير، فقال: هشامٌ، فلما كان معاويه خاصمونا فقضى لنا معاويه. وقد ذكرنا أنه إذا أعتق الجد هل يجر الولاءَ فيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: يجر أيضاً إلى معتق نفسه وبه قالَ شريح ومالكٌ والشعبي، **والثاني**: لا يجرّ أصلاً وبه قال أبو حنيفة، **والثالث**: إن كان الأبُ حياً لا يجر، وإن كان ميتاً جرّه لأن الجرّ بموت الأبِ يستقر ومع بقائه لا يستقرّ، فإذا قلنا: يجرّ فلو جرّ معتق الجد ولاءهُ ثم أعتقَ العبدُ بعده فقد ذكرنا أن معتق الأب يجرّ من معتق الجد وهو الصحيح لأن الولادة فيه مباشرة وفي الحدّ بعبده وفيه وجه آخرَ لا يجرّ لاستقراره في نسب الأبوّةِ.

ولو أعتقت أمةٌ حاملٌ من زوج مملوكٍ فولدت ابناً ثم أعتق إن كان ولاءُ الابن لمعتق الأم ولم يجرّ معتق الأب لأن عتق الابن مباشرة والولاءُ في عتق المباشرة لا يزول ولو لم تلده قبل، وعتق الأب وولدته بعد عقته فإن ولدته لأقل من ستةِ أشهرٍ من عتقها كانَ عتقه عن مباشرة لعلمنا بكونه حملاً وقت عتقها، وإن ولدته لأكثر من أربع سنين جرّ معتق الأب ولاءه عن معتقها لعلمنا بعدمه وقت عتقها وإن ولدته لأكثر من ستة أشهرٍ، وأقل من أربع سنين، فإن لم يلحق بالزوج فولاءهُ غير مَجرورٍ وإن ألحق بالزوج، [١٤/أ] ففي جرّ ولائهِ وجهان: **أحدهما**: إنه مجرورٌ لأننا على يقين من حدوثِ الولادة في شك من تقدمها، **والثاني**: أنه غير مجرور لأننا على يقين من ثبوت ولائه لمعتق الأم وفي شك من جرّه إلى معتق أبيه.

ولو تزوج حُرٌّ لا ولاءَ عليه بمعتقةٍ عليها ولاءُه فأولدها ولداً فإن كان معروف النسب فحققنا حريتهُ كالعرب، فلا ولاءَ على ولده لأنه لو أولدها في الرق لم يكن الولدُ رقيقاً فكانَ أولى إذا أولد بعد ثبوت الولاءِ أنه لا يكون عليه ولاءٌ وإن كان الأبُ مجهولَ النسب، ففي ثبوت الولاءِ على ولده لمعتق أمهِ وجهان: **أحدهما**: لا يثبت تغليباً لظاهرِ الحرية وهو وظاهر مذهبِ الشافعي **والثاني**: عليه الولاءُ لاحتمالِ حَالِ الأبِ وثبوته الولاءِ على الأم وحكي هذا عن أبي حنيفة ومحمدٍ. ولو تزوّجَ بمعتقة عليها ولاءٌ وأولدها ابناً دخلَ في ولاءِ أمهِ ثم اشترى الابنُ أباهُ عتق عليهِ وكان له ولاءهُ وفي جره لمولى نفسه من معتق أمه وجهان: **أحدهما**: لا يجره بعتق أبيه لأنه لا يملك ولاءَ نفسهِ ويكون ولاؤهُ باقياً لمعتق أمهِ وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يعقل عن نفسه وَلا يرثها. وحكي هذا عن أبي حنيفة، **والثاني**: يجر ولاءَه نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسهِ ولكن يزول به الولاءُ عن نفسهِ ويصير به حرّاً لا ولاءَ عليهِ لأن عتق الأب يزيل الولاءَ عن معتق الأمِ. وبه قالَ ابن سريج: فعلى هذا لو أولدها ابنتين، فاشترت إحداهما أباهُ يعتق علَيها، وكان لها ولاؤهُ وجرت إلى نفسها ولاءَ أختها وفي جرنا لولاءِ نفسها وجهان: [١٤/ب] على ما ذكرنا فإذا قلنا: يجرّهُ ويسقط بهِ الولاءُ عنها فإن ماتَ الأبُ كانَ ثلثا ميراثهِ بينَ بنتيه نصفين بالنسبِ والثلث الباقِي لبنته المعتقة بالولاءِ، ولو ماتت بعد الأب البنتُ التي ليست بمعتقة كان لأختها المعتقة نصف ميراثها بالنسب ونصفه الباقي بالولاءِ الذي جرته من معتق الأم ولو كانت الميتة بعد أبيها هي البنت المعتقة وخلفت أختها كان لأختها نصف ميراثها، وفي نصفه الباقي وجهان: **أحدهما**: أنه لمولى أمها إذا قلنا: لا تجر ولاءَ نفسها، **والثاني**: لبيت المال إذا قلنا: جرت ولاءَ نفسها.

فَرْعٌ آخر

ولو قالَ لأمته: إذا ولدتِ ولداً، فهو حُرٌّ فولدت ولداً ميتاً ثم ولدت ولداً آخر فالذي يقتضي المذهب أن الثاني لا يعتق، وبه قالَ أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يعتق لأن العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي كما يقال: إن ضربت فلاناً فعبدي

حرٌّ فضربه حياً عتق وإن ضربَهُ ميتاً لم يعتق، وهذا لا يصح لأن شرط العتق وجدَ، وهو الولادة بدليل أنه لو قالَ لها: إن ولدت فأنت حرةٌ، فولدت ولداً ميتاً عتقت.

فَرْعٌ آخر

ولو قالَ لعبده أنتَ حرٌّ كيف شئتَ. قالَ أبو حنيفةَ: يعتق في الحالِ ولا يقف العتق على مشيئتهِ، وقالَ أبو يوسف ومحمد: لا يعتق حتى يشاء، وهذا يشبه أن يكون مذهباً ولا نصّ فيه.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان عبدُهُ مقيداً فحَلف بعتقه أن ما في قيده عشرة أرطال حديد وحلف بعتقه أن لا يحلهُ هو وَلا أحدٌ من الناس، فشهد عند القاضي شاهدان أن قيده خمسة أرطال، [١٥/أ] فحكم بعتقه وحل القيد فوجد فيه عشرة أرطال حديد. قال أبو حنيفة: يجب على الشاهدين قيمة العَبد، وقالَ أبو يوسف ومحمد: لا يجب عليهما شَيءٌ، وهو الصحيحُ وبناهُ أبو حنيفة على أصله أن حكم القاضي ينفذ في الباطن وإن كانَ بشهادةِ الزور فكان العتق وقع بشهادتهما ووجه الآخر أنه عتقَ بحل القيد دون مَا شهدوا به، وقالَ أبو حنيفة: إذا شَهدوا بموت السيّدِ للعبد المدبر، وحكم بعتقه، ثم بان أنه حيٌّ بطل الحكم بعتقه لثبوت كذبهم قطعاً فكذلكَ هَهنا.

كتاب المدبّر

قَالَ[1]: «أخبرنا سفيان عن عمرَو بن دينار، وذكر الخبر».

التدبيرُ أن يعتق عبدَهُ دبر الحياةِ، يقال: أعتقته عن دبر أي بعد الموت وَلا يستعمل ذلك في غير العتق من الوصايا، وفي تسميتهِ تدبيراً ثلاثة أوجهٍ **أحدُهَا**: لأنه يعتق عليهِ في دبر الحياةِ وهو آخرهَا، **والثاني**: لأنه لم يجعل تدبير عتقهِ إلى غيره، **والثالث**: لأنه دبّر أمرَ حياتهِ باستخدامهِ وأمر آخرتهِ بعتقه.

وفي ابتدائه وجهان: **أحدُهما**: أنه تقدم في الجاهلية وأقرّه الشرعُ في الإسلامِ على ما كانَ عليه في الجاهليةِ فصار بالتقرير شرعاً، **والثاني**: أنه مبتدأ في الإسلام بنصٍ وردَ فيه عمل به المسلمونَ فاستغنوا بالعمل عن نقل النصِّ فصار بالنص شَرعياً وصارَ العملُ على النص دليلاً فدبّر المهاجرون والأنصار عبيداً.

ثم قد يكون مُطلقاً بأن يقول: دبّرتك، أو أنتَ مدبر، أو إذا متُّ فأنت حرٌّ، [١٥/ب] أو إذا دخلتَ الدار ومتُّ فأنتَ مُدَبر، أو إذا دخلتَ الدار فأنت مدبرٌ، وقد يكون مقيداً بأن يقول: إن متُّ من مرضي هذا أو في شهري هذا أو في سنتي هذه فأنتَ حرٌّ، وإن صلت فأنت حُرٌّ وكلاهما عندنا سواءٌ، فإذا وجد ذلكَ تعلقَ العتق بموتهِ وله الرجوعُ فيهِ متى شاءَ والتصرف فيهِ بالبيع وَالهبةِ وغير ذلكَ، ثم ينظر، فإن رجع عنه قبل موته وتصرف فيه بطل التدبير، وإن لم يرجع حتى مات نظر، فإن كان عليه دين مستغرقٌ لم يعتق وبيع في الدين وإن لم يكن عليه دينٌ واحتمل الثلث جميعه عتق، وإن لم يحتمل الثلث بقدر الثلث دون الباقي، وبه قالت عائشة رضي الله عنها وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وإسحاق وأحمد. وقالَ ابن أبي نجيح كان مجاهد وفقهاء أهل مكة يرون التدبير وصيةً صاحبُها فيها بالخيار ما عاش يمضي منها ما شاءَ ورد منها ما شاءَ. وقالَ مالكٌ: إذا دبر عبده لا يجوز له التصرف فيهِ بحالٍ مقيداً كانَ أو مطلقاً ولكن إن مات وعليهِ دينٌ بيع في دينه كما لو أعتق عبداً في مرضه لا يجوز له التصرف فيه في حياته ويباع في دينهِ، وهو رواية عن أحمد وكانَ الحسن بن ربيعة: يجوز بيعَهُ إذا احتاج صَاحبُه إليهِ. وقالَ الليثُ بن سعدٍ: يكره بيع المدبر ويجوز بيعُه إذا أعتقه الذي اشتراهُ. وقالَ ابن سيرين لا يُباع المدبرُ إلا من نفسهِ، وقالَ أبو حنيفة: إن كانَ التدبيرُ مقيداً لا يلزمهُ ذلكَ وله التصرف فيهِ والرجوع عنه متى شاءَ وإن كانَ [١٦/أ] التدبرُ مطلقاً لم يلزمه ذلكَ وَلا رُجوع له فيهِ، وإن ماتَ واحتمله الثلث عتق وإن لم يجعله الثلث عتق

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٢).

قدر الثلث واستسعى الوَارثُ في ثلثه وإن كانَ عليه دينٌ يستغرقه يستسعي العبد في قدر قيمَته، فإذا أدى ذلكَ عتق وروي منعُ البيع عن سعيد بن المسيّب والشعبي والنخعي والزهريُّ وسفيان والأوزاعيُّ. وروي عَن ابن مسعود رضي الله عنهُ وسعيد بن جبير ومسروق وحماد والحكم والنخعي وداود أن المدبر عتق من رأس المال.

ودَليلُنا ما روى جابر رضي الله عنهُ أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر منه لم يكن له مال غيره فأمرَ النبي ﷺ فبيع بسبع مائة أو بتسع مائة، وفي رواية أخرى أن رجلاً من الأنصار يقال له: أبو مذكورٍ أعتق غلاماً له يقالُ له: يعقوب عن دبر لم يكن له مالٌ غيره فدعا بِهِ رسولُ الله ﷺ، فقال: من يشتريهِ فاشتراهُ نعيم بن النحام بثمانمائة درهم فدفعها إليه، وقالَ: إذا كانَ أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه، فإن كانَ فيها فضل فعلى عيالهِ فإن كان فضل فعلى ذوي قرابته، أو على ذوي رحمه، فإن كانَ فضلُ فههنا وههنا[(١)]. وقال عمرو بن دينار: سمعت جابراً يقول: كان عبداً قبطياً ماتَ عام أول في إمارة ابن الزبير. وروى باعه بثمانمائة درهم ودفعهُ إلى مولاه. وروى شريكٌ بإسنادهِ عن جابرٍ أن رجلاً مات وتركَ مدبراً الخبرَ. قال أهل الحديثِ: [١٦/ب] هذا خطأٌ من شريك والحفاظ أثبتوا حياةَ مالكه وقت بَيعهِ ولأنه عتق بصفةٍ ثبت بقولِ المعتقِ وحدَهُ، فلا يكونَ لازماً كما لو قالَ: إن دخلتَ الدار فأنت حرٌ. والدليلُ على أنهُ يعتبر عتقه من الثلث، وهو قولُ عليّ وابن عمرَ رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب والزهري وأبي حنيفة ومالكٍ والثوري وأحمد وإسحاق ما رَوى ابن عمرَ رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «المدبرُ من الثلث»[(٢)]، ورواهُ أبو قلابةَ عن النبي ﷺ مرسلاً، وقيل: هذا لا يصح مرفوعاً بل هو موقوف على ابن عمرَ رضي الله عنهما ولأن إعتاقه في المرضِ أقوى وأمضى، وَهو يعتبر من الثلث، فهذا أولى ولأنه تبرع يلزمُ بالموتِ فكان من الثُّلثِ كالوصيةِ، واحتجوا بما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «المدبرُ لا يُباع ولا يُشترى»[(٣)]، ولأنه استحقَ العتق بموت السيد على الإطلاق فلا يجوزُ بيعُهُ،أكانَ عتقه من رأس المال كأم الولدِ. قلنا: قال الطحاوي: هذا لا يصح مُسنداً عن النبي ﷺ، وإنما هو موقوفٌ على ابن عمر، أو نحمله على ما بعد الموت، أو على الاستحباب بدليل خبرنا. وقد روى جابر رضي الله عنهُ أن رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ فقالَ: يا رسول الله ما لي إلا غلاماً جعلته حراً من بعدي، فأمرَ الرسولُ ﷺ ببيعه، وقالَ: «أنتَ إلى ثمنه أحوج واللَّهُ عنك أغنى»[(٤)]، وإنما ذكر الشافعي هذا الخبر بألفاظ الاستدلال به على تمام حفظ الراوي، [١٧/أ] وصححُ مُسلم بن الحجاج، هذا

(١) أخرجه البخاري (١١/ ٦٠٨)، ومسلم (٥٨/ ٩٩٧)، وأحمد (٣/ ٣٦٩).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٥٧٤)، وفي «معرفة السنن» (٦٠٨٤).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٥٧٢)، والدارقطني (٤/ ١٣٨).
(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٥٤٩).

الخبر وروى أن أمةً لعائشة رضي الله عنها كانت دبرتها فسحرت عائشة فأمرت بعتقها فبيعت في الأعراب وجعلت ثمنها في الرقاب، فإن كان هذا في حياةِ رسول اللَّهِ ﷺ فَهو عن أمره وإن كانَ بعد وفاته فعملها بهِ من جهته.

وبَاعَ عمر بن عبد العزيز مدبراً في دين صَاحبهِ. وقالَ طاوس: يعود الرجل في مدبره.

مَسْألةٌ: قالَ[١]: «فإذَا قالَ الرجلُ لعبدهِ أنتَ مدبرٌ أو عتيقٌ».

الفَصْلُ

الكلامُ في هذا في ألفاظِ التدبير، فإذا قالَ: أنتَ حُرٌ بعد موتي أو أنت محررٌ بعد مَوْتي أو عتيق، أو دبرتك، أو أنتَ مدبرٌ، أو إذا متُّ فأنتَ حُرٌّ، أو متى متُّ فأنت حرٌّ يكون مدبراً فنص الشافعي أن قوله: دبرتكَ صَريح في التدبير، وقال في الكتابة، إذا قالَ: كاتبتكَ لا يكون صَريحاً حتى يقول: فإذا أديت إلي ذلكَ فأنتَ حرٌّ واختلف أصحابنا فيه على طريقين أحدُهما، أن ينقل الجَوابُ إلى أحدى المسألتين إلى الأخرى ففيهما قولان: أحدهما، يكفي قوله: دبرتك، وقوله: كاتبتك ولا يفتقر كلاهما إلى النيّة لأنهما لفظان موضوعان لهذين العقدين فلا يفتقر إلى النيّة كلفظ البيع في البَيع، **والثاني**: يفتقر إلى النيّة لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما، فافتقر إلى النية كسائر الكتاباتِ، **والثانية**: المسألتان على ظاهرهما فالتدبير لا يفتقر إلى النيّة والكتابةُ تفتقر إلى النيّةِ، والفرقُ من وجهين: **أحدُهما**: أن التدبير لفظ ظاهِر مشهور [١٧/ب] ويعرفُه عَوامُ الناسِ فاستغنى عن النيّةِ، والكتابةُ لا يعرفُها إلا خواصُ الناسِ، فافتقرت إلى النية، **والثاني**: التدبير لا يحتمل إلا العتق بعد الموت، وَالكتابة لفظٌ مشتركٌ لأنه يحتمل أن يريد به المخارجة، فيقول: كاتبتكَ كل شهرٍ بكذا، ويحتمل أن يريد به الكتابة الشرعيةَ التي تتضمن العتق، فلا ينصرف إلى أحد احتماليه إلا بنيةٍ.

فَرْعٌ

أدخلَ الشافعي رضي الله عنهُ في جملة ألفاظ التدبير أن يقول لعبده: إذا دخلت الدار فأنتَ مدبرٌ وليس هذا تدبيراً بنفسهِ، بل هو تدبير معلقٌ بصفةٍ، وهي دخول الدارِ فقبل أن يدخل الدار لا يصير مدبراً، فإذا دخل صار مدبراً يعتق بالموت ويحتاج أن يوجد دخولُ الدار في حال حياةِ السيّدِ، فإن ماتَ السيد قبل دخول الدار بطلت الصفةُ لأن إطلاق الصفةِ تقتضي وجودها في حال الحياةِ فإذا مات قبلَ وجودها بطلت كما لو قالَ لعبده: إن دخلت الدار فأنت حرٌّ فماتَ قبل دخولِ الدارِ بطلت الصفةُ.

فَرْعٌ

لو قالَ: إذا متُّ ودخلت الدار فأنتَ حرٌّ لا يكون مدبراً بل يكون ذلك عتقاً بصفةٍ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٢).

فإذا دخل الدار بعد موتهِ عتق ومعنى قولنا: لا يكون مدبراً أنه لا يصحُ رجوعه عنهُ إلاّ بإخراجه من ملكهِ، ولو قالَ: رجعت عنهُ لا يكون رجوعاً قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخر

لو قالَ: إن ماتَ أبي فأنت حرٌّ لا يكون مُدبراً بل هو عتق معلق بصفةٍ.

فَرْعٌ آخر

قالَ في الأم[1]: لو قال لعبده: أنتَ حرٌّ بعد موتي أو لستَ بحرٍ لم يكن شيئاً كما لو قالَ: أنت طالق أو لستِ بطالق [١٨/أ].

فَرْعٌ آخر

لو قالَ: أنتَ حُرٌّ بَعد موتي بيومٍ لا يحتاج إلى إنشاءِ العتق كالمدبر سواءٌ، وقالَ أبو حنيفة: لا بد من مباشرة العتق بعد موته بيومٍ.

فَرْعٌ آخر

لو قالَ لعبده: إذا قرأت القرآن بعد موتي فأنت حر لا يعتق إلا بقراءةِ جميع القرآن. ولو قالَ: إذا قرأت قرآناً بعد موتي فأنت حرٌّ يعتق بقراءةِ بعضهِ، والفَرق أن هناك علقَ العتق بقراءة جميع القرآن لأنه ذكره بالألف واللام وهَهنا ذكره منكراً فاقتضى بعض القرآن، فإن قيل: أليس قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ﴾ [النحل: ٩٨]، الآية، ولم يرد به جميعَهُ. قُلنا: هناك قامَ الدليلُ والظاهِرُ يقتضي جميعهُ.

مَسْألةٌ: قالَ[2]: ولَا يعتقُ في مالِ غائبٍ حتى يَحضَرهُ.

اعلم أنه إذا دبر عبداً قيمته مائة درهم وله مائتا درهم في بلدٍ آخر أو في ذمة مُعسر فمات السيّد لا يخلف المذهب أنه لا يعتقُ كله وهل يعتق ثلثه في الحالِ اختلفَ أصحابنا فيه فمنهم من قالَ: عتق ثلثه في الحال وَهو اختيار القاضي أبي حامدٍ لأنه تتحقق حريته فإنه إذا سلم جميع المالِ عتق كله، وإن لم يسلم ذلك عتق قدر الثلث، ومن أصحابنا من قال: لا يعتق منه شيءٌ لأنا إذا أعتقنا الثلث وقفنا الثلثين منه، وهذا يؤدي إلى نقلهم حق التدبير على حق الورثةِ، قال أبو حامدٍ: وهذا ظاهر المذهب، فإذا قلنا: بهذا فإن حضر المال كله عتق من الثلث وإذا تلفَ المال كله عتق ثلثه دون ثلثاه وإن حضرت إحدى المائتين وتلفَت الأخرى عتق ثلثا العبدِ ورق ثلثه، ويكون ذلكَ [١٨/ب] مثل ما عتق، وإن حضرتَ إحدى المائتين والمائة الأخرى غائبة يرجى حُصولها يعتق منه النصف لأنه حصل للورثةِ مائة، فيعتق بقدر نصفها وهو النصف من العبد ويوقف النصف الآخر على حضور المائة الأخرى، فإن حضرت عتق وإن تلفت عتق منه ثلثه ورق ثلثاه، وإن قلنا: بالأول قال القفالُ: عُتق ثلثه وللورثةِ التصرف في الثلثين فإن حضر المال الغائب نقض تصرفه فلو أعتق الوارث الثلثين ثم لم يسلم المال

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٤٩).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٢).

الغائب فولاءُ الثلثين له، وإن حضر المال الغائب. قالَ ابن سريج: ولاءُ الثلثين للوارث أيضاً لأنه أعتق وكان له الإعتاق وفيه وجهٌ آخرُ أن كل الولاء للموروث بناءً على أن إجازة الورثة تنفيذاً أو ابتداءً عطيّته ذكره القفال. قالَ القفال: على هذا لو أوصى لرجل بعين وما سواها من المال غائبٌ هل يسلم ثلث ذلك إلى الموصى لهُ أو لا يسلم شيءٌ حتى يحضر المال فعلى الوجهين. وكذلك لو أبرأهُ من مال عليهِ وماتَ وباقي المال غائب هل يبرأ في الحالِ من الثلث أم يتوقف فيه وجهان، وكذلك لو كان على أحد ابنيه دينٌ، فمات وخلفهما يبرأ من نصفه قبل أن يوفر على أخيهِ النصف الباقي فيه وجهان.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان المال غائباً وقدر الورثة على التصرف فيه قبل قدومهِ لا يعتبر فيه عتقه قدومُ المالِ ويعتبر قدرتهم على التصرف، فإذا مضى زمانُ قدرتهم على التصرف فيهِ عتق عليهم وإن لم يتصرفوا لأنهم بالقدرة في حكم المتصرفين فيهِ، فإن قدر على التصرف فيهِ بعضهم عتقت حصة القادر [١٩/أ] ووقفت حصَةُ العاجز، ذكره في الحاوي(١).

مَسْألةٌ: قالَ: «ولو قالَ: إن شئتَ فأنتَ حرٌّ متى متُّ فشاءَ فَهو مدبرٌ».

في هذا الفصل ثلاث مسائل:

إحداها أن يقولَ لعبده: إن شئتَ فأنتَ حرٌّ متى متُّ أو إذا شئتَ فأنت حرٌّ بعد موتي أو مدبر فليسَ هذا بتدبير مطلق بل هو تدبير معلق بصفةٍ وهو المشيَئةُ فقبل المشيئةِ لا يكون مدبراً، وإذا وجدت المشيئةُ صَار مدبراً، والمشيَئةُ فيهِ كالمشيَئةِ في الطلاق، وقد ذكرنا أنه يتعلق ذلكَ بالمجلس على مذهب الشافعي، ولا بد من المشيئةِ في حياة السيد ومن أصحابنَا من قال: تعتبر المشيئة على الفور بحيث يَصلح أن يكونَ جواباً لكلامه.

فرع

هذه المسألةُ لو قالَ: متى شئتَ فأنت حرٌّ بعد موتي فهذا تدبيرٌ معلق بالمشيئةِ مثل المسألة الأولى إلا أن ههنا المشيَئةُ على التراخي لأن قوله: متى شئتَ يتناول الأزمان كلها ويحتاج إلى وجودها في حياة السيدِ أيضاً.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ في المسألةِ الأولى في المجلس شئت ثم قالَ: لستُ أشاء انعقد التدبير بالمشيئةِ الأولىٰ ولا يبطل بتركهِ لها.

ولو قالَ: ابتداءً لستُ أشاءُ، ثم قال: شئتُ بطل التدبيرُ ولم تبطل المشيَئةُ الثانية.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ متى شئتُ على ما ذكرنا في الفرع فقالَ: شئتُ ثم قالَ لا أشاءَ ثبتَ التدبير،

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٠٦).

ولو قالَ: لستُ أشاءُ، ثم قالَ: شئتُ ثبت التدبير بهذه المشيَئةِ المتأخرة ولم يَبطل بتركها المتقدم بخلاف ما تقدم والعرفُ [١٩/ب] أن المشيئةَ ههنا على التراخي فراعينا وجودها متقدمة ومتأخرة وهناكَ على الفور فراعينا ما تقدم.

والمَسْألةُ الثانيةُ: إذا قَالَ: إذا متُّ فشئتَ فأنتَ حرٌّ، فهذا ليس بتدبير لأن التدبير هو العتق الواقع بالموت وإنما يقع بالمشيئةِ بعد الموتِ ولكنه عتق بصفةٍ توجد بعد الموتِ، ويحتاج أن توجد المشيَئةُ بعد موته على الفور وَهل يتقيدُ بالمجلس فعلَى ما ذكرت. وهكذا لو قال: أنتَ حرٌّ إذا متُّ إن شئتَ وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: إذا قالَ إذا مت فشئت فأنتَ حرٌّ والأصح أنه متى شاءَ بعد الموت عتق قالَ: ولو قالَ: أنتَ حرٌّ إذا مت إن شئتَ فإن شاءَ في المجلس ولم يشأ بعد الموت أو شاء بعد الموت ولم يشأ في المجلس لم يعتق لأن الكلام يحتمل المعنيين فإن شاءَ مرتين مرةً في المجلس ومرةً عقيب الموت أو بعده بزمانٍ قليل أو كثير عتق يقيناً ثم لا يدري أنه عتق بالتدبير أو عتق بصفة بعد الموت وهذا خلاف المذهب المنصوص.

فَرْعٌ آخرُ

هذه المسألة لو قالَ: إذا متُّ متى شئتَ فأنت حرٌّ فالحكم كما في المسألة قبلها إلا أن المشيئةَ ههنا على التراخي، وهناك على الفور.

فَرْعٌ آخرُ

إذا ماتَ السيدُ كانَ العتقُ موقوفاً على مشيئته ونفقته من كسبهِ، فإذا شاءَ عتق وفيما بقي من كسبه لمن يكون قولان، كما قلنا: إذا أوصى بعبدٍ لرجلٍ ومات، فاكتسب قبل قبول الموصى له الوصية قبلها ففي كسبه قولان: **أحدهما**: يكون للورثة، **والثاني**: يكون للموصى له، هكذا قال القاضي الطبري. وقال بعض أصحابنا: الكسبُ ههنا للورثة قولاً واحداً والفرقُ [٢٠/أ] أن العبد ها هنا قبل مشيئته مملوكٌ، بلا خلافٍ، فلا يثبت له كسبه، وهناكَ الموصى له إذا قبله تبينا أنه ملكه بموت الموصي في أحد القولين، فكان كسبه له في هذا القول.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ: أنتَ حرٌّ إذا مت إن شئتُ فشاءَ قبل موت سيده فيه وجهان من الوجهينِ في معنى قول الشافعي، وسواءٌ قدم الوصيّة أو أخرها، فذهبَ البغداديون إلى أنه أرادَ سواءُ قدم المشيئة قبل الموت أو أخرها، بخلاف قوله: إذا مت فشئت لأن الفاء في المشيئة توجب التعقيبَ، فعلى هذا يعتق إذا شاءَ قبل موت سيده، ويكون هذا تدبيراً، وإن لم يشأ إلا بعد موت السيد عتق، وكان عتقاً بصفةِ بعد الموت. وقال البصريون: من أصحابنا أرادَ سواء قدم المشيئة في لفظهِ، أو أخرها، وتكون مشيئته معتبرةٌ بعد الموت، ولا تأثير لها قبل الموت فإن شاءَ قبل الموت عتق وإلا رقّ للورثةِ.

المسألةُ الثالثة: أن يقولَ: إذا مُت فأنتَ حرٌ إن شئتَ فظاهر كلام الشافعي والذي

عليهِ عامَّةُ أصحابنا أن ذلكَ عتق معلقٌ بالمشيئةِ بعد الموت مثل قوله: إذا مت فشئتَ فأنتَ حرٌ لأنه لما ذكر الموت وعقبَه بذكر المشيئة والحرية كانَ الظاهرُ أنه علق الحرية بوجود المشيئةِ، وبكون وقت هذه المشيئة، وفي المسألة قبلها بعد موت السيّدِ فإن العبد قبل موته لم يتعلقَ به حكم لأنهُ قيد المشيئَةَ بما بعد الموت، فإذا تقدمت على تلكَ الحالةِ لم تصح كإجازة الورثةِ الوصية فيما زادَ على الثلث لو كانت في حالِ الحياةِ لم يتعلق بها حكم، وجملةُ هذا أن العتق بالصفات على ثلاثة أضربٍ: عتق متعلق بصفةٍ مطلقةٍ [٢٠/ب] فيقتضي وجود الصفةِ في حياةِ العاقد فإن ماتَ قبل وجودها بطلت بموته.

وعتق معلق بصفةٍ مقيدة بحال الحياةِ، فيقتضي وجودها في حالِ الحياة، ويكون التقييدُ تأكيداً.

وعتق معلق بصفة توجد بعد الوفاةِ، فيقتضي وجودها بعد الوفاةِ فإن وجدت قبله لم يصح.

وأمَّا قول الشافعي رضي الله عنه: إذا مت فشئتَ الآن فأنتَ حرٌ ذكره في المنهاج.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: إن شاءَ زيدٌ فأنتَ حرٌ إذا متُّ فمشيئة زيدٍ على التراخي بخلاف العبد والفرقُ أن تعليقه بمشيئةِ زيدٍ صفةٌ معتبر بوجودها فاستوى فيها قريبُ الزمان وبعيده، وتعليقه بمشيئةِ العَبدِ تمليكٌ وتخييرٌ فافترقَ قريبُ الزمان وبعيدهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو أخّر زيدٌ المشيئةَ ههنا حتى ماتَ السيدُ ثم شاءَ لم ينعقد التدبير لأن تعليقَ الحكم بالصفةِ هو شرطٌ يتقدم على المشرُوط.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ: إن مت فشئتَ فأنتَ مدبرٌ فلا معنى لهذا لأن التدبير لا يتصور بعد الموت وهو كما لو أوصى، فقال: إذا مت فدبروا هذا العبد لا معنى له لأن التدبير أن يصير مْدبراً في حالِ الحياةِ ليعتق بالموتِ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»[١]: إن قال: إن شاءَ فلانٌ فعبدي حرٌ بعد موتي فشاءَ كان مدبراً، ولو قالَ: إن شاء فلان، وفلان، فعبدي حرٌ بعد موتي فشاءَا كانَ مدبراً فإن شاءَ أحدهما، ولم يشاء الآخر أو غاب **أحدهما** وحضر الآخر لم يكن مدبراً حتى يجتمعا على المشيئةِ فإن مات **أحدهما** قبل أن يشاءَ يُبطل التدبير مشيئتهما.

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٥٠).

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لرجلين دبرا عبدي هذا إن شئتما فأعتقاهُ عتق بتاتٍ كان العتقُ باطلاً، ولم يكن [٢١/أ] مُدبراً إلا باجتماعهما على تدبيرهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبده: إن دخلتَ الدار فأنت حرٌ بعد موتي، وذهبَ عقلُ السيّدِ ثم دخل العبد الدار كان مدبراً، فلو مات السيدُ قبل دخول العبدِ الدار ثم دخلها لم يعتق، ولو قالَ: إذا متُّ ودخلت الدار فأنتَ حرٌ عتق إذا دخل الدار بعد موت السيدِ من الثلث ولاَ يكون مدبراً حتى يصير حراً بموته في كل حالٍ إذا كانَ خارجاً من الثلث. فأمّا إذا كانَ عتقه بعدَ موته موقوفاً على صفةٍ تحدثُ، فهو وإن كانَ حراً من الثلث فليس بتدبيرٍ كقوله لعبده: أنتَ حرٌ إذا متُّ وشئتَ الحرية أو أنت حر: إذا متُّ وشاءَ فلانٌ، أو أنتَ حرٌ بعد موتي إذا خدمتَ إلى سنةً.

فَرْعٌ آخرُ

قال في البويطي: لو قالَ: أنتَ حرٌ إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، فهذه وصيةٌ ليسَ بتدبير فإن ماتَ من مرضهِ، أو في سَفره كانَ حراً من الثلث.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[1]: وجماعُ هذا أنه متى أعتقَهُ على شرطٍ، أو شرطين أو أكثر لم يعتق إلا بكمال الشروطِ التي أعتقَهُ عليها، وكذلكَ إذا دبرَ على صفةٍ أو صفتين لم يكن مدبراً إلا بكمال الصفاتِ التي دَبّر عليها.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ رجل: إن مت من مرضي هذا فأنتَ حرٌ وأوصي للناس بوصايا بهذه الشروط ثم أفاق من مرضهِ، ثم ماتَ من مرضٍ آخر ولم ينقض وصيته لم يقع العتق، ولا يستحق أحدٌ من الوصايا وصيتَهُ لأنه أعطاهم في حالٍ، فلا يكون لهم في غيرها.

مسألةٌ: قالَ[2]: ولو قالَ: شريكَانِ في عبدٍ متَى مِتَنا فأنتَ حرٌ.

الفصلَ

صورةُ المسألةِ أن يكونَ عبدٌ بين شريكين لكل واحدٍ [٢١/ب] منهما نصفه، فقالا: متى متنا فأنت حرٌ، فقد علقا عتقه بموتهما فإن ماتا جميعاً دفعةً واحدةً، أو تقدم **أحدهما**: على الآخر عتق العبد لوجودِ الصفةِ، وإذا ماتا معاً، ففي حكم عتقه عليهما وجهان: أحدهُما، أنه عتق تدبيراً لإيصال عتقه بالموتِ **والثاني**: عتق عليهما وصيةً لا تدبيراً، لأن التدبير ما تفرّدَ عتقَه بموته وَلم يقترن بغيره، وإن مات أحدهما وبقي الآخر فنصيبُ الميت انتقل إلى الورثة إلا أنه يعتق بالصفةِ لأن الشريك الآخر إذا مات يعتق

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٥٠).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٢).

ويصير هذا العبد مستحقاً لهذا العتق، فلا يجوز للورثة بيعُه، ولهم استخدامه ويكون كسبُه لهم ويكون نصيبُ الثاني مدبراً لأنه يعتق بموته من غير شرطٍ آخر، ويجوز له بيع نصيبه لأن بَيع المدبر جائزٌ، فإذا باعَهُ وماتَ بعد البيع عتق نصيبُ الذي مَاتَ أولاً لوجودِ الصفةِ فيه وَهي موتهما جميعاً، وأمَّا نصيبُ الشريكِ، فقد بطل تدبيره فيهِ بالبَيع، فإن قالَ قائلٌ: هل تقولون إن هذا تدبيراً وعتق معلق بالصفةِ؟ قلنا: هو في الحال ليس بتدبير لأنه يجوز أن يموت واحدٌ منهما فلا يعتق نصيبه، فإن ماتا جميعاً عتق، ولم يكن تدبيراً، وإن مات **أحدهما** وبقي الآخر صَارَ نصيبُ الشريكِ الباقي مدبراً لأنه يعتِقُ بموته من غير شرطٍ آخر ونصيب الميت يكون معتقاً بالصفةِ، ولا يكون مدبراً، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان إذا مات الأول هل يتصرفُ ورثته؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا يتصرفون على ما ذكرنا كما إذا قالَ: إذا مضت سنةٌ من موتي، فاعتقوا هذا العبد، وأعطوه كذا لا يجوز إزالة الملك عنه، [٢٢/أ] وإنما جوّز لهم استخدامه بخلاف ما لو قال: أعتقوهُ عني بعد موتي، فإن الورثة لا يتصرّفونَ فيهِ بشيء لأن الإعتاق لهم فمن حقهم أن لا يؤخروهُ، وموت الشريك ليس إليهم، **والثاني**: ذكره صاحب التقريبِ ويتصرف فيه الورَثةُ لأن شرط العتاق لم يوجد بعد، كما لو قال: إن أكلت هذين الرّغيفين فأنتَ حرٌ فأكل **أحدهما** لا يقع التصرّف فيه. وقال أيضاً في كسبِ هذا العبد بين الموتتين وجهان: **أحدهما**: أنه معدٌ في تركةِ الأولِ أعني كسب نصيبه، **والثاني**: لوارثهِ ويمكن بناء الوجهين على الوجهين الأولين، فإذا جوّزنا للورثةِ التصرف في جميع الوجوهِ فالكسب للورثةِ وإن منعناه من إزالة الملكِ، فهو موقوف على حكم الميت، فالكسبُ من جملة التركةِ، والمذهب الصحيحُ ما ذكرنا أولاً.

فرعٌ

لو كان هذا القولُ من أحد الشريكين، فقالَ واحد منهما إذا متنَا، فأنتَ حرٌ لم تعتق حصتَهُ إلا بموتهما سواءٌ تقدمَ موته أو تأخر، وكان عتق حصتهِ متردداً بين أن يعتق عليه بالوصيةِ إن تقدم موته وبالتدبير إن تأخر موته وحصةُ الشريك باقية على الرق في حياتهِ وبعد موته سواءٌ تقدم موته أو تأخر.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في المبسوطِ من كتاب «الأم» إذا قالَ الشريكان: أنت حبيسٌ على موت الآخرِ منا ثم تكون حراً، كان الجوابُ على ما مضى من عتق صحةِ الأول بالوصيةِ، والثاني بالتدبير ولهذا الفرع حكم زائدٌ وهو أن يكونَ كسب العَبد [٢٢/ب] بعدَ موت الأول، وقبل موت الثاني، ولا يكون لورثةِ الأول لأنه لمَا جعله حبيساً على موت الثاني جعله كالعارية في حقه بمدة حياته، ولم يكن وقفاً لأن الوقف ما كانَ مؤبداً، ولم يتقدر بمدةِ فإذا قدر بها خرج عن حكم الوقوف إلى العواري، ولم يكن للورثة أن يرجعوا فحاكم هذه العارية وإن جاز الرجوع في العواري لأنها عن وصية ميتهم، فلزمت بموته كسائر

الوصايا وليس لهم أن يحتسبوا كسب العبدِ في ثلثِ الميت وإن كان موصى به لدخول كسبه في قيمةِ رقبَتهِ.

فرعٌ آخر

فلو كانت المسألةُ بحالها فقبل العبد بعد موت الأول قبل موت الثاني مات عبداً لأن صفة عتقه لم تكتمل، وكانت قيمته بين الثاني وورثه الأول، فكانَ لهم أن يحتسبوا بما أخذه الثاني من كسب العبد في ثلث الأول لأنه مأخوذٌ بوصيته، ولم يدخل في قيمة رقبتهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»(١): إذا كانَ العَبْد بين اثنين فدبر **أحدهما** نصيبَهُ فنصيبَه مدبر، ولا قيمة عليهِ لشريكه لأنه أوصى لعبده بوصية له الرجوع فيها، ولم يوقع العتق، فلم يكن ضامناً لشريكهِ وهذا هو المذهب الذي لا يحتمل غيره ومن أصحابنا من قالَ: فيه قولان: أحدهما، هذا، **والثاني**: يقوم عليه نصيب شريكه وبه قالَ مالكٌ لأن التقويم يستحق بالحرية وبسببها ألا ترى أنه يستحق بالإحبال والتدبيرُ سببٌ للحُرية. وهذا لا يصح لأن الإحبال سبب الإتلاف بخلافِ التدبير، ولهذا لا يمنعُ التدبير البيع عندنا بخلاف الاستيلاد، ولأنهُ بالتدبير كالعازم على عتقه فلا يكون كالإعتاقِ. وقال أبو حنيفة: إذا دبر **أحدهما** نصيبه فشريكهُ [٢٣/أ] بالخيار من أربعةٍ إن شاءَ ضمنه القيمة، وإن شاءَ استسعى، وإن شاءَ دبر نصيبَ نفسه، وإن شاءَ أعتقَ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»(٢): لو كان العبد بين اثنين، فقالا معاً أو متفرقين متى متنا معاً، فأنت حرٌ لم يعتق إلاّ بموت الآخر منهما، فلم يحمل الشافعي متى متنا معاً فأنتَ حرٌ على موتهما دفعةً واحدةً لأنه إذا مات **أحدهما** قبل الآخر يقال: ماتا معاً.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»(٣): وإذا كان العبدُ بين اثنين فدبر **أحدهما** نصيبَهُ فنصيبُهُ مدبر ولا قيمة عليه لشريكهِ لأنه أوصى لعبده بوصية له الرجوع فيها ولم يوقع العتق، فلم يكن ضامناً لشريكه، إذا قلنا: لا يقوم وهو اختيارُ المزني فماتَ فعتق نصفُه لم يكن عليه قيمة لأنه لا مالَ له إلا الثلث وهو لم يأخذ من الثلث شيئاً غير ما أوصى به وشريكه على شركته من عبده لا يعتقُ إن مات شَريكه الذي دبره، أو عاش.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: لا يقوم عليه فنصفه مدبرٌ ونصفه عبدٌ قنٌّ لصاحبهِ فإن رجَع السيدُ في التدبير

---

(١) انظر الأم (٤/ ٤٦).
(٢) انظر الأم (٤/ ٤٤).
(٣) انظر الأم (٤/ ٤٤).

بَطل وصَار العبدُ كله رقيقاً، وإن أعتق الشريكُ الذي لم يدبر نصيبَهُ عتق، وهل يقوّم عليه نصيبُ شريكه؟، فإن رجع هو في تدبيره قوّمت على المعتق حصةَ شريكه وإن كانَ التدبير باقياً فهل يقومُ على المعتق نصيب شريكه المدبر؟ فيه قولان: **أحدهما**: لايقومُ لأنه قد ثبتَ فيها سبَبُ عتق المالك قبل عتقه، والتقويم إنما يراد لتحصيل الحرية، وقد حصل له سببُ الحُرّية فلا يحتاجُ إلى التقويم. والثاني نصَّ عليه في البويطي، وهو الصحيح يقوم عليهِ [٢٣/ب] لأن المدبر بمنزلة العبدِ القن لأن السيدَ يتصرفُ فيهِ كما يتصرّفُ العَبد القن، فإذا قلنا: لا يقوم فيه يكون نصفه حُراً ونصفه مدبراً، فإذا ملكُ السيدُ الذي دبرَهُ عتقَ بموته، فإن رجع في تدبيره بعد ذلكَ بزمانٍ صارَ عبداً قناً، ويقوم على الشريك المعتق الأول قولاً واحداً لأن سبَب الحريةِ بطل، وعلى ما ذكرنا لو كانَ شريكاً في عبدٍ فدبراهُ معاً ثم أعتق **أحدهما** نصيبه هل يقوم عليه نصيبُ شريكه فيه قولان.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: يقوم فبعد التقويم فيه وجهان: **أحدُهما**: قالهُ ابن أبي هريرة يكون رقيقاً ولا يصير مدبراً بالسرايةِ حتى يريدها لأن المقصود من التقويم إزالة الضرر عن الشريك فعَلى هذا إذا ماتَ السيّدُ عتقت بموته الحصة التي دبرها، وهل يَسري عتقه إلى باقيه فيه وجهان، **والثاني**: قالهُ أبو حامد يصير مدبرهُ بسراية التدبير إليها، وإن لم يتلفّظ به فيكون كلّه مُدبراً، وهو المشهور، والأول قولُ أبي حنيفة. وقالَ أيضاً: لو أعتق الشريك الآخر، أو استسعى فعتق بالأداءِ كانَ للمدبر أن يضمنه قيمةَ نصيب نفسهِ ويبطل التدبير وهذا مناقضة حيث جوّز أحد قيمة المدبر بالتقويم.

فَرْعٌ

لو قالَ لعبده الخالصِ: إذا متُّ فنصفكَ حرٌ انعقد، وهل يسري إلى الباقي؟ فيه، قولان: **أحدهما**: يَسري كالعتق لأنه يفضي إليه، **والثاني**: وهو المنصوص الصحيح لا يَسري لأن التدبير أضعفُ، وهو كما لو علق عتقَ ذلكَ القدر بصفةٍ بعد موتهِ [٢٤/أ] لا يَسري.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا بالمنصوص: أنه لا يَسْري ومات السيّدُ عتق نصفه بموتهِ عَن تدبير، وَهل يعتق النصف الباقي فيه وجهان من الوجهين، في سراية عتق الحي إلى بقية ملكه هل يسري بلفظه، أو بعد استقرار عتقه فعلى وجهين، فإن قلنا: يسري بلفظِهِ يصير ههنا جميع العبد حُراً يعتق منه نصفه تدبيراً، ونصفه سرايةً والفَرقُ بين أن يجعل التدبير في الحياةِ وبين أن يجعل العتق بالموت سَارياً يظهر إذا رجعَ في تدبير نصفه، فإن جعلنا العتق سَارياً كانَ نصفه الباقي مُدبراً لأن الرجوع لا يسري إن كانَ التدبير يسري، وإن لم يجعل التدبير سَارياً إلى جميعهِ صَارَ بالرجوع في تدبير نصفه عبداً قناً لا يعتق، وإذا قلنا: عتقه في الحياةِ يسري بعد استقرار عتقه في بعضهِ فعلى هذا لا يعتق عليهِ بالتدبير

بعد الموت إلا نصفه ويكون نصفه الباقي رقيقاً لورثته.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ ابن الحداد: إذا قالَ أحد الشريكين: نصيبي من هذا العبد حرٌ بعد موتي وأعتقوا الباقي من ثلثي، وقال الآخرُ: إذا عتق نصيبُكَ فنصيبي حرٌ عتق نصيبُ الأولِ وقوّم الباقي من ثلثِهِ لأنه استحقَ ذلك بوقوع عتقه كما لو قال أحدُ الشريكين: إذا عتق نصيبُكَ فنصيبي حرٌ، فأعتق الآخرُ نصيبَهُ قُوّمَ عليهِ الباقي ولم ينفذ عتق الآخر.

مسألةٌ: قالَ[1]: «ولو قالَ سَيّدُ المدبرِ: قَد رجعتُ في تَدبيركَ أو نقضتُهُ، أو أبطلتُه لم يكنْ ذلكَ نقضاً للتدبير».

الفَصلُ

جملةُ هذا أن الرجوع عن التدبير جائزٌ قولاً واحداً وسواءُ كانَ مُحتاجاً [٢٤/ب] إلى الرجوع أو غير محتاج إليهِ وبأي لفظٍ يصح الرجوع اختلف فيه قول الشافعي قالَ: في «القديم» وأحد قوليه في «الجديد» إذا قالَ: رجعتُ في تدبيره أو أبطلته أو نقضتُه أو فسختُه كان راجعاً في التدبير، ومبطلاً. وهذا اختيار المزني والقاضي الطبري وجماعةٍ، وقالَ: في أكثر كتبه الجديدة لا يكون راجعاً فيه إلا بإخراجه من ملكه ببيع وغيرهِ. وهذا اختيارُ أبي إسحاقَ. وقالَ القفالُ: أصل القولين إنه وصيةٌ أو عتق بصفةٍ فإن قلنا وصية يجوز الرجوع عنها بالقول وإن قلنا عتق بصفة لا يجوز ذلك ووجهُ القول الأولِ أنه جعل له نفسه بعد موته فَكان ذلكَ وصيةً بهِ فجاز الرجوع بالقولِ كما لو أوصى به للغير. ووجهُ القول الثاني: أنه علق عتقه بصفةٍ، فلا يملكُ إبطالها مع بقاء ملكه كمَا لو قالَ: إن دخلت الدارَ فأنت حرٌ. واحتجّ المزني على اختيارهِ بما قالَ الشافعي رضي الله عنه لو قالَ: إن أدى هذا المدبر بعد موتي كذا، فهو حرٌ كانَ رجوعاً عن التدبير، ولم يزل بذلك ملكه قلنا: قالَ ابن أبي هريرةَ وصاحبُ الإفصاحِ هذا على أحد القولين فأمّا على القول الآخر لا يكون رجوعاً، واحتج أيضاً بأن قالَ: قال الشافعيُّ: لو وهبَهُ هبة بتاتٍ قبضَ، أو لم يقبض أو رجع فهذا رجوع في التدبير قلنا: قالَ أصحابنا إن كان قد أقبضه، فهو مبني على القولين. ومن أصحابه من قالَ: يكون رجوعاً قولاً واحداً وهكذا في المسألة السابقةِ ولا ينبني على القولين لأن الهبة قبل القبضِ [٢٥/أ]، وإن لم يزل الملك في الحالِ، فإنها تفضي إلى زوالِ الملكِ وهذا اختيارُ القاضي أبي حامدٍ. وقال في «الجامع»: ولا يصحُ الرجوع عن التدبير إلاّ بإخراجه من ملكه في أظهرِ قوليهِ في «الجديد» وينتقض التدبير على هذا القول بكل عقدٍ يؤدي إلى خروجهِ من ملكه وإن لم يتم، فإذا وهبَهُ هبة بتاتٍ قبضهُ الموهوب أو لم يقبضه رجعَ في الهبةِ أو لم يرجع أو أوصى بهِ لرجل أو تصدق به عليهِ، أو قالَ: إن أدى بعد موتي كذا فهو حرٌ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٢).

فهذا كله رجوعٌ في التدبير، ولم يذكر فيه اختلاف أصحابنا، وجعل ذلكَ على القول الصحيح رجوعاً. وهذا نقله من كتاب المدبر من «الأم» بعينهِ فبطل بذلكَ ما قال أصحابنا: من بناء ذلكَ على القولين في كلتا المسألتين ولهذا احتجَ بهِ المزني على الشافعي.

وقد نقل البويطي عنه والرجوع في المدبر لا يكون إلا بالبيع أو الهبةِ، أو تحويله إلى غير ملكه لأن النبي ﷺ إنما باعَ، والبيعُ خروجه من ملكه وليس الرجوع بالكلام ثم قال بعده بمسائل، ولو قالَ الرجل لمدبره إذا أدى بعد موتي كذا وكذا فهو حرٌ، فهو رجوعٌ في التدبير واحتجَ المزنيُ أيضاً بأن قالَ: إذا كانَ التدبيرُ وصيةً، فلم لا يرجع في الوصية لو جاز أن يخالفَ من هلكَ فيبطل الرجوع في المدبر ولا يبطل في الوصية لمعنىً اختلفا فيه جاز عليه بذلكَ المعنى أن يبطل بيع المدبر ولا تبطل الوصية فيصير إلى قولِ من لا يبيع المدبر، ولو جاز أن يجمع بين المدبر وبين الأيمان في هذا الموضع لجاز إبطال عتق المدبر لمعنى الحنث لأن الأيمان لا يجبُ الحنثُ بها على الميت.

أراد المزنيُ [٢٥/ب] بهذا أن التدبير لو كان كالعتق المعلق بالصفةِ حتى لا يجوز الرجوعُ عنهُ بالقولِ لما عتق المدبر بصفةٍ توجد بعد الموت إذ لا حنث على ميت.

ثم قالَ المزنيُ: وقوله في «الجديد» و«القديم» بالرجوع فيه كالوصايا بعدل مستقيمٌ لا يدخل عليه منه كسرٌ بتعديل أي كسر يحتاجُ فيه إلى التعديلِ.

والجوابُ: أن التدبير وإن شاكَل الوصايا في كونه من الثلثِ، فهو في نفسه تعليقُ عتقٍ بصفةٍ، وأجمعنا أن السيد لو علق عتق عبدهِ بصفةٍ لم يكن له الرجوعُ بالقولِ كذلكَ هٰهُنا.

واعلم أن المزنيَّ توهّم أن التدبير من باب الأيمان عند من لا يجوز الرجوع عنهُ بالقول، وأن العتق يحصلُ فيه بالحنثِ حتى قالَ: لو جازَ أن يجمع بين التدبير والأيمان لجاز إبطال عتق المدبر إذ لا حنث على ميّتٍ. وقد غلط في هذا الوهم لأنا لا نلحقه بالأيمانِ وإنما نلحقه بعتقٍ معلقٍ بصفةٍ على غير جهةِ اليمين وتعليق العتق بالصفةِ على ضربين، وكذلكَ تعلق الطلاقِ بالصفةِ أحدُهما أن يُعلقَ بصفةٍ بمنع نفسهُ عن شيء أو للحنث أو للتصديقِ وهذا الثلاثة في أوصافِ الأيمانِ إما المنع، فمثل أن يقولَ: إن دخلت الدار فأنتَ حرٌ. وإمّا الحنثُ فمثل أن يقول: إن لم أدخل هذه الدار غداً فأنت حرٌ. وإمَّا التصديقُ فمثل أن يقول: إن كنت دخلت هذه الدار بالأمس فأنتَ حرٌ، فهذا كله ليس بتدبير من هذا القسم.

والضربُ الثاني: أن يقولَ: إذا جاءَ رأسُ الشهرِ فأنتَ حرٌ فهذا تعليق عتق بصفةٍ لا على معنى اليمينِ؛ إذ ليسَ فيه منعٌ ولا حنثٌ ولا تصديقٌ، والتدبير يلحقٌ بهذا الضربِ؛ إذ ليسَ فيه [٢٦/أ] منعٌ، ولا حنثٌ ولا تصديقٌ اللهم إلا أن نجعل التصديقُ معلّقاً بوصف، فيقول: إن دخلت الدار فأنتَ حرٌ بعد موتي فهو حينئذٍ حالفٌ في قوله: إن

دخلت الدار وليس بحالفٍ في قوله: أنتَ حرٌّ إذا متُّ فَصار التدبيرُ في جميع الأحوال غير ملحق بالأيمان، وإن كانَ ملحقاً بالعتق المعلق بالصفةِ، فإن قالَ: لو كانَ عتقاً بصفةٍ لبطل بالموت، قلنا: إنه لا يبطل بالموتِ لأنهُ قيّد بالموتِ وهذا كالوكالةِ تبطل بالموتِ ولا تبطل الوصاية بالموتِ لتقييدها بالموتِ.

فرعٌ

قالَ في البويطي: والكتابةُ في الصحة والمرضِ ليس برجوع عن التدبير إنما هي شبه الخراج يجعله عليهِ، وإذا جعل عليهِ شيئاً من بعد موته فإنما جعل عليهِ شيئاً لورثته بعد زوال ملكه فكانَ رجوعاً. وقالَ القاضي أبو حامدٍ: إذا كاتبه سُئِلَ عن كتابته فإن أرادَ بها رجوعاً في التدبير كانَ راجعاً في أحد قوليهِ دون الآخر، وإن قالَ: أردتُ إثباته على التدبير فهو مدبرٌ مكاتبٌ في القولين معاً،فإن أدى قبل موته عتق بالكتابةِ، وإن ماتَ السّيدُ عتق بالتدبير إن احتمله الثلث وإن لم يحتمله عتق منه مَا حمل الثلث وبطل عنهُ من الكتابةِ بقدره وكان عليهِ ما بقي من كتابتهِ يسعى فيها حتى يؤدي فيعتق، أو يعجز فلم يجعل الشافعي الكتابةَ رجوعاً عن التدبير على قوله الجديد كما جعل البيع لأن الكتابةَ لا تزيل ملكه عن الرقبَةِ في الحالِ، وإنما تزيل ملكه عن كسبه ولأن الكتابةَ عقدٌ على منفعةٍ له يستوفيها بالاستخدامِ فعلى هذا إن أدى مال الكتابةِ عتقَ وإن لم يُؤدِ حتى ماتَ [٢٦/ب] عتق بالتدبير على مَا تقدّمَ بيانُه. وقال بعض أصحابنا: إن قُلنَا: التدبيرُ وصيةٌ بطل بالكتابةِ كما لو أوصى بعبد ثم كاتبَهُ، وإن قلنا: عتقٌ بصفةٍ لم يبطل وتعلق عتقه نصفين. وقال صَاحب «الحاوي»[١] هكذا ذكره أبو حامدٍ وهذا عندي لا يصحُ، وإن جرى مجرى الوصيّةِ لا تكون الكتابة رجوعاً فيهِ لأن الرجوع إبطالُ العتق والكتابة مفضيةٌ إلى العتق فتناسب التدبير ولم تضَادهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو دبر المكاتب كان جائزاً فإن أدى قبل موت السيدِ عتق بالكتابة، وإن ماتَ السيدُ ولم يؤدِ شيئاً عتق بالتدبير وبطل ما عليهِ من النجوم إذا احتمله الثلث، وإن لم يحتمله عتق منه ما حمل الثلث، وقد قالَ أبو حامدٍ: إذا عتقَ بالتدبير بطلت الكتابةُ وأراد زوالَ العقد دون سقوطِ أحكامهِ حتى يتبعه ولدهُ وكسبُه.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[٢]: لو دبرَهُ ثم أوصى بنصفه لرجلٍ كانَ النصف للموصى له بهِ وكانَ النصف مدبراً فإن ردَ صاحبُ الوصيةِ ومات السيّدُ المدبر لم يعتق من العبدِ إلا النصف لأن السيدَ قد أبطل التدبير في النصفِ الذي أوصى به، وكذلك لو ذهبَ نصفَهُ، أو باعه وهو حي فقد أبطل التدبيرَ في النصفِ الذي باعه، أو وهبَه، والنصفُ الثاني مدبرٌ.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٢٣). (٢) انظر الأم (٧/ ٣٥٠).

فَرْعٌ آخرُ

لو رجع في تدبير ربعه، فإن قلنا: إن التدبير كالوصيّةِ يجوز وإن قلنا: كالعتق بالصفةِ لا يجوز، فإذا قلنا: يجوز فما رجع فيهِ يكون رقيقاً، وما لم يرجع فيه يكون مدبراً، ومن أصحابنا من قالَ: لا يجوز الرجوع في تدبير نصفهِ إذا قلنا: تدبير بعضهِ [٢٧/أ] يَسري إلى كلهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: رجعتُ في تدبير رأسكَ فيه وجهان: **أحدهما**: يكون كالتصريحِ بالرجوعِ في كله لأنه قد يعبّرُ عنه بالرأس، فيقالُ: رأسٌ من الرقيق، **والثاني**: لا يكون رجوعاً في شيء منهُ لأن التدبير صَريحٌ في جمعهِ والرجوعَ كنايةٌ محتملةٌ في بعضهِ، فلم يبطل حكم الصريح بالإجمالِ ويخالف الرجوع في نصفهِ لأنه صَريحٌ في مقدر قابلٍ صريحاً عاماً.

فَرْعٌ آخرُ

لو عرَضَهُ على البيع هل يكون كالتصريح في الرجوع فيه وجهان: **أحدهما**، هو كالتصريح لأنهُ شروعٌ في إخراجه من ملكه، **والثاني**: لا يكون تصريحاً وتدبيره بعد العرض باقٍ لأنه يحتمل أن يريد بهِ معرفة قيمته، وقيل: إنه مبني على القولين في أنه كالوصيةِ، أو كالعتقِ بالصفةِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: لا يكونُ رجوعاً إلا بالإخراج عن ملكه فوقفَهُ كان رجوعاً لأنه أخرجَهُ بهِ عن ملكهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو رهنُهُ ففي صحةِ رهنه ثلاثة أقوالٍ، أحدها: باطل على القولين سواءٌ قلنا: إنه كالوصيةِ، أو كالعتقِ بصفةٍ، والثاني: أنه جائز على القولين، والثالث: إن قلنا كالإعتاق بصفة فيه وجهان، لأن الرهنَ يفضي إلى بيعهِ، فإذا قلنا: لا يجوز الرهن، فإن قلنا: كالعتق بصفةٍ لم يبطل تدبيره، وإن قلنا: كالوصيةِ هل يبطل تدبيره فيه وجهان، لأنه تعريضٌ لبيعهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: بعضُكَ مدبرٌ ومات يرجعُ إلى الورثةِ فإن اتهمهم العبدُ أحلفهم على العلم.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ المدبر رددتُ التدبير في حياةِ السيّدِ، أو بعدَهُ كان مُدبراً بحالهِ، [٢٧/ب] ولا يؤثر قوله في ذلكَ.

فَرْعٌ آخرُ

لا يجوز تَدبيرُ أمِ الولدِ لأن الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموتِ، وقد استحقَ

ذلكَ بالاستيلادِ فلم يفد التدبيرُ شيئاً إذا دبرها ثم مات عتقت بالاستيلادِ من رأس المالِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[(١)]: لو دبر رجل عبده، ثم قالَ: اخدم فلاناً ثلاث سنين وأنتَ حرٌ، فإن خرسَ السيد أو ذهبَ عقلهُ قبل أن يسأل لم يعتق العبد أبداً إلا أن يموت السيد وَهو يخرج من الثلاث، ويخدم فلاناً ثلاث سنين، فإن مات فأبان قبل موت السيدِ أو بعدَهُ، ولم يخدم ثلاث سنين لم يعتق أبداً لأنه أعتقَهُ بشرطين، فبطل أحدهما، وإن سئل السيد، فقال: أردتُ إبطال التدبير، وأن يخدم فلاناً ثلاث سنين ثم هو حرٌ فالتدبيرُ باطلٌ، فإن خدم فلاناً ثلاث سنين فهو حرٌ وإن ماتَ فلانٌ قبل أن يخدمهُ، أو لم يخدمه العبدُ لم يعتق، وإن أرادَ السيدُ الرجوع في الإخدامِ رجعَ فيهِ، ولم يكن العبدُ حراً، وإن قال: أردتُ أن يكون مدبراً، وأن يخدم فلاناً ثلاثَ سنين فالتدبير بحالهِ، ولم يعتق إلا بهما. قال القاضي أبو حامدٍ: معناهُ أن يخدمه في حياه السيدِ ثلاث سنين ثم يموتُ السيدُ فيعتق بهما.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ أيضاً[(٢)]: ولو قال السيدُ على هذا المدبر خدمة عشر سنين بعدَ موتي ثم هو حرٌ، أو هو حرٌ بعد موتي لسنةٍ فإن خدم عشر سنين بعد موته، أو أتت عليه سنةٌ بعد مَوتِهِ فهو حرٌ، وإلا لم يعتق، قالَ الشافعي رضي الله عنه: وَكلَ هذا وصيّةٌ [٢٨/أ] أحدثَها له وعَليهِ بَعد التدبير، فتكون أولى من التدبير كما لو قالَ: عندي هذا لفلانٍ، ثم قال: بل نصفه لم يكن إلا نصفه.

فَرْعٌ آخرُ

قال[(٣)]: ولو قال رجل عندي لفلانٍ، ثم قال بعدَ ذلك: عندي لفلانٍ إذا دفع إلى ورثتي عشرةَ دنانير أو إلى غير ورثتي، فإن دفع عشرةَ دنانير فهو له وإلا لم يكن له لأنه إحداث له، وعليه بعد الأولى، فينتقض الشرطُ في الأولى، والآخرة أحق من الأولى، وقالَ القاضي الطبريُّ هاتان المسألتان ذكرهما في «الأم»[(٤)] في هذا الباب. وهما من جنس ما قالَ أصحابنا: إنه لا يكون رجوعاً في أحدِ القولين وقد جعلهما الشافعي رجوعاً، والصحيحُ ما اختاره المزنيُّ من جواز الرجوع بالقولِ كما يجوز الرجوع في الوصايا وهو معتدلٌ مستقيمٌ، كما قال، والله أعلم.

وعلى هذا لو قالَ للمدبر: إذا متُّ فدخلت الدار فأنتَ حرٌ كانَ رجوعاً عن التدبير، ولو قال: إن دخلتَ الدار فأنتَ حرٌ وأطلقَ، لا يكون رجوعاً بل زاد أمراً آخر يعتق بهِ.

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٥١).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٥١).

(٣) انظر الأم (٧/ ٣٥١).

(٤) انظر الأم (٧/ ٣٥١).

مسألةٌ: قالَ[1]: «وجنايةُ المدبرِ كجنايةِ العَبدِ».

الفصلُ

الكلامُ في هذا في جناية المدبرِ، والجنايةُ عليهِ، فأمَّا جنايتَهُ فيتعلقُ أرشها برقبتهِ كالعبدِ القن سواءً لأنهُ لما كانَ كالعبدِ في جوازِ تصرّفِ السيد في رقبتهِ كانَ مثله في تعلقِ الأرشِ برقبته، فإذا تعلق الأرشْ بها كانَ السيدُ بالخيار بين أن يفديه وبين أن يسلمه للبيع كما يكون له الخيار في العبدِ القن [٢٨/ب] فإذا اختارَ الفداءَ في كم يفدي فيه؟ قولان: **أحدُهما**: بالأقل من قيمته والأرش، والثاني: بالأرش بالغاً ما بلغ أو يسلمه للبيع كما قلنا في العبد القن سواءً، فإن فداهُ السيدُ، فالتدبير بحالهِ وإن سلمه للبيع فبيع في الجنايةِ يبطل التدبير بزوالِ ملكه عنه، فإن عاد إلى ملكه بابتياعٍ أو بهبةٍ أو غيرِ ذلكَ، فهل يعود التدبير، فإن قلنا: إنه كالوصيةِ لا يعود التدبير؟ وإن قلنا: إنه كالعتق بصفةٍ ففيه قولان: كما لو قالَ لعبده: إن دخلت الدار فأنت حرٌ، ثم باعهُ ثم دخل الدار هل تعود اليمين بعود الملك، فيه قولان، وقال أبو حنيفة: يلزمهُ الفداء كما في أم الولد إذا حنث إذ لا سبيلَ إلى بيعه عبده.

فرعٌ

لو بيع بعضهُ في الجناية بطل التدبير في ذلكَ البعض، والباقي مدبرٌ بحالهِ لأن الجناية لم تخلص إليه.

فَرْعٌ آخرُ

لو ماتَ السيدُ قبل البيع والفداءِ فهل يعتق؟ هو مبنيٌّ على القولين في العبدِ الجاني إذا أعتقه سيدُه. هل ينفذُ أم لا، وفيهِ قولان، فإن قلنا: ينفذ العتقُ المباشر ينفذ العتق بالصّفةِ، وإن قلنا: لا ينفذ ذاكَ لا ينفذُ هذا، فإذا قلنا: بالنفوذِ أخذ من تركتهِ أقل الأمرين من الأرشِ، أو القيمة ويسلم إلى المجني عليهِ لأن عتقُهُ كان بسبب منهُ، وإن قلنا لا ينفذُ فوارثهُ يقومُ مقامَهُ في الفداءِ والتسليم ليباع، فإن فدوهُ يعتق من الثلث.

فَرْعٌ آخرُ

لو جنى المدبر بما يستغرق ثلث الرقبة مثلاً ومات السيدُ قبل الفداءِ ففدَى الوارث من مالهِ ذلكَ الثلث، ففي ولاءِ ذلكَ الثلث وجهان، قالَ ابن سريج: هو للوارثِ. [٢٩/أ] وقال القفال: عندي قولٌ آخرُ إن كل الولاءِ للميت بناءً على القولين في إجازة الورثةِ هل هي تنفيذ أم ابتداء عطية لأن هذا الفداء من الورثة كالإجازةِ فإنه متمم به قَصد الموروث وكانا في أحد الوجهين يجعل كأنه بيع ثم اشتراهُ الوارث، فأعتقَهُ فيكون الولاءُ له، وفي الثاني: جُعل تتميماً للتدبير وهما كالوجهين فيما قالَ الشافعي في عبدٍ مرهونٍ جنا ففداه المرتهنُ بشرط أن يكونَ العَبدُ عنده وثمناً بأصل المالِ وبهذا الفداء

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٢).

قال الشافعيُّ: جاز، فمن أصحابنا من قالَ: هكذا إذا جوزنا الزيادةَ في الحق بالرهنِ الواحد، ومنهم من قالَ: وإن لم نجوّز ذلكَ لأنه لما أشرفَ على الزوالِ والبيعِ في الجناية جعل ابتداءُ عقد رهن جديد، وكذا الوجهان، فيمن باع شجرةً واستثنى لنفسهِ الثمرة مثلاً قبل الإبار بل يحتاج إلى شرط القطع، فأحد الوجهين يحتاج إليه كما لو باع الكل ثم اشترى الثمرة، **والثاني**: لا يحتاج إلى شرطهِ لأنه استبقاء لها وليس بابتداءِ شراء فلا حاجةَ إلى شرطِ القطع.

فَرْعٌ آخرُ

لو جنى على المدبر فإن كانت على الطرفِ فالأرش للسيدِ بلا خلافٍ والتدبيرُ بحالهِ، وإن جنى على نفسه بطل التدبيرُ لفواتهِ ولا يتعلق التدبير بقيمتهِ لأنه لا يصحُ أن يكونَ القن مدبراً ويفارقُ العبد المرهون إذا قتل حيث قلنا: تجعل قيمته رهناً لأنه يصح أن يتعلق حكم الرهن بالقيمة ابتداءً وهذا الفَرقُ ضعيفٌ لأنه يبطل بالعبدِ الموقوفِ إذا قُتِلَ [٢٩/ب] يُشترى بقيمتهِ عبدٌ يكون وقفاً في أصح الوجهين، وإن كانت القيمَةُ لا يصح وقفها، والفَرقُ الصحيح أن الرهنَ لازمٌ يتعلق الحق ببدلهِ، والتدبير ليس بلازمٍ لأنه يمكنه إبطاله بالبيع فلم يتعلق ببدلهِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا دَبّرَ أمةً حاملاً فحنثَ يتعلقُ أرش جنايتها برقبتها دونَ حملِهَا، فإن فداها السيدُ كانَ التدبيرُ باقياً فيها، وفي حملها، وإن إن لم يفدها، وأرادَ بيعها، فإن كانَ بعد ولادتها كان الولد خارجاً من بيعهِ في الأرش، ولم يجز أن يفرّق بينهما في الملكِ فتبَاعَ معَ ولدها ويكون ثمن الأم مستحقاً في الأرش، وثمن الولد خالصاً للسيدِ، وإن كانت وقت البيع حاملاً لم يلزم مستحق الأرش أن يؤخّر بيعها لأن حقه معجلٌ ولم يجز استثناء حَملها في البيع لأن بيع الحامل دونَ حملها باطلٌ وبيعت حاملاً وكان جَميع ثمنها مستحقاً في الأرش، إن قلنا: لا قسط للحملِ من الثمن في البيع، وإن قلنا: له قسطٌ ففيه وَجهان: **أحدهما**: يدفع إلى السيدِ ما قَابل ثمن الحمل، **والثاني**: وهو الأظهرُ أنه يدفع كل الثمن إلى مستحق الأرش لأنه لما لم يجز أن يتميز في البيع لم يجز أن يتميز في الثمنِ وصار الحمل في حق السيدِ كالمستهلكِ، ولو ضَرب بطنها قبل البيع فألقت جنيناً كانت ديتُه للسيّدِ دونَ مستحقّ الأرش بلا خلافٍ.

مسألةٌ: قالَ(١): «ولو ارتدَّ المدبرُ ولحِقَ بدارِ الحربِ».

الفصلُ

صورةُ المسألة: أن يدبر عبداً ثم ارتد العبد فالتدبير لا يبطل بارتدادهِ لأنه لم يزل ملكه عنهُ، فإن لحقَ بدارِ الحربِ فظهر المسلمون على الدارِ لم يجز أن يسترقوهُ سواء

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٣).

كان السيد حياً أو ميتًا لأنه إن كانَ [٣٠/أ] حياً فهو على ملكهِ، ولا يجوز أن يملكَ مال المُسلم بالقهرِ، وإن كانَ السيدُ ميتاً فقد عتق بموتهِ وثبتَ عليهِ الولاءُ، فلا يجوز إبطال حقهِ الثابت عليه، ولو غنم المشركونَ مدبراً مسلماً ثم عاد إلى يد المُسلمينَ فهو مدبرٌ كما كانَ، ووافقنا أبو حنيفةَ فيهِ وعذرهُ أن حق إلصاق ثبتَ فيهِ فلا سَبيل إلى إبطاله بالاغتنام وإن وجده السيدُ بعدمَا قَسَمَهُ الإمام فإن الإمام لا ينقص القسمة ويعوض من حصل هذا العبدُ في قسمهِ بقدر قيمتهِ من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيءٌ نقضَ القسمةَ لموضع الضرورة ورد على صَاحبهِ وقسمت الغنيمةُ دونَهُ.

فرعٌ

لو دبر الذمي عبده ذمياً ثم مات، فلحقَ بدار الحرب وسباهُ المسلمون فهل يجوز استرقاقُهُ؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لأن فيه إبطال حق الذمي من الولاءِ، **والثاني**: يجوز لأن سيده لو لحق بدار الحرب يجوز استرقاقُهُ، فكذلكَ عبده ويخالفُ عبد المسلم لأن المسلم لو ارتد ولحق بدار الحرب لم يجز استرقاقه ويمكن أن يفرق بين لحوقه بدار الحرب وبين لحوق عبده بأنه إذا لحق بدار الحرب لم يكن ذمياً فجاز استرقاقه، وإذا لحق عبده فحكم الذمية باقٍ فيه وفي مالِه وحقوقهِ فافترقا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «لو أنَّ سيدَهُ ارتدَّ فماتَ كانَ مالُهُ فيئاً والمدبرُ حراً».

اختلف أصحابنا في هذا على طرقٍ، فقال أبو إسحاق: الأمرُ على ما نص عليهِ الشافعي قولاً واحداً لأنه استحق الحريّةَ [٣٠/ب] بالتدبير السابق في حالةِ الإسلام فَلا يبطل بالردةِ المعارضة، يُؤكدهُ أن الردة إنما تؤثر في العُقودِ المستقبلة لا في الماضيةِ كما لو باعَ أو وهبَ ثم ارتد لا يؤثر في ذلكَ، ومن أصحابنا من قالَ: هذا مَبنيٌّ على زوال ملكِ المرتد وفيه طريقان: **أحدهما**: فيه قولان: أحدهما: ملكه باقٍ إلى أن يقتل، أو يموت، والثاني: ملكه موقوفٌ.

والثانيةُ: فيه ثلاثة أقوالٍ اثنان ما ذكرنا، والثالث يزول ملكُهُ بنفس الردةِ، فإذا قلنا بهذا بطل التدبير بزوال ملكه، وإذا قلنا: ملكه ثابت أو مراعىٰ فالتدبير على ما كانَ عليهِ، قالَ: القائل ونص الشافعيُّ في القديم على قولين، فقالَ: إذا دبر عبداً ثم ارتد، فيه قولان: **أحدُهما**: لا يعتق لأن ماله صار كالمستحق بالردةِ، والثاني: يعتق إذا مات السيد، أو قتل، وذكر القفالُ: أنا إذا قلنا: ملكهُ موقوفٌ يكون التدبير موقوفاً وهذا أصح. ومن أصحابنا من قالَ: المسألة على قولٍ واحدٍ أنها لا يعتق وخالف المنصوصَ، ووجهُه أن المدبر يعتق من الثلث فيحتاج إلى أن يحصل للورثة ثلثا المال حتى يعتق، وههنا لا يحصل للورثة شيءٌ، فإن المال ينقلب إلى بيت المالِ فيئاً فلا يعتق المدبر، وهذا غلطٌ لأنه يعتبر خروج المدبر من الثلث ولا يعتبر حصولُ الثلثين

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٣).

للورثةِ المناسبين وههنا يحصل الثلثان لمن يستحق المال وهم المسلمون الذين يقومون مقامَ المناسبين ومن قالَ بهذه الطريقة الأخيرة، قالَ: وصاياهُ أيضاً تبطل بموته على الردةِ [٣١/أ] على جميع الأقوال لهذه العلّةِ وَهو غلطٌ لما ذكرنا، وقال في «الحاوي»[١]: إذا قلنا: زال ملكه هل يبطل تدبيره؟ فيه وَجهان: **أحدهما**: يبطل فإن عاد إلى الإسلام، فإن قلنا: يجري مجرى الوصيةِ لم يعد إلى التدبير وإن قلنا: يجري مجرى العتق بالصفةِ، فهل يعود إلى التدبير؟ فيه قولان، **والثاني**: لا يبطل تدبيره لأنه سبقَ في ملك يجوز فيه تصرفه: فعلى هذا إن خرج من ثلثه عتق بموته، أو قتله، وإن عجز عن الثلث، ولم يملك سواهُ فيه وجهان: قال البصريون: يعتق ثلثه ويرق ثلثاهُ لكافة المسلمين لأنهم يقومون في مالهِ مقامَ ورثته فلم يعتق في حقهم حتى يصل إليهم ثلثاهُ، وقالَ البغداديون: وهو الأظهر عندي يعتق جميعه لأن مال المرتد ينتقل إلى المسلمين فيئاً لا إرثاً، معتبراً، والثلث معتبر في الميراث دون الفيء، واختار الشافعي في المرتد: أن ملكه موقوف كما يوقف دمه على ثبوتهِ، واختارَ المزني أنه باقٍ، وبه قال أبو يوسفَ محمدٌ، وقد ذكر الشافعي فيما نقله المزنيُّ أنه قال: ملكهُ بالردةِ خارج عن تصرفهِ لا عن ملكه فليسَ في الملكِ إلا قولان موقوفٌ أو ثابتٌ، وقيل: أرادَ خروجه عن ملكه، ففي الملك ثلاثة أقوالٍ، وقد تقدم الكلام في هذه المسألةِ في مواضع، ولا بدّ من الإشارةِ إلى هذا القدر في هذا الموضع.

مَسْألةٌ: قال[٢]: «ولَو دبرهُ مرتداً».

يعني إذا ارتد ثم دبر عبداً فيه ثلاثة أقوالٍ منصوصةٍ [٣١/ب] في «المختصر»: أحدهما: باطلٌ، **والثاني**: جائزٌ، **والثالث**: موقوفٌ. ولاَ يختلف أصحابنا في تصرفِ المرتد بالتدبير وغيره أنه على هذه الأقوالِ الثلاثة، وإنما اختلفوا في الملكِ على طريقين، فإذا قلنا: ملكه موقوفٌ فتصرفه موقوفٌ، وإذا قلنا: ملكه ثابتٌ، ففي تصرفهِ قولان: أحدهُما: جائز، والثاني: باطلٌ، لأنه كالمحجور عليهِ، وقد قال الشافعيُّ: أشبَهُ الأقوال أنه يزول ملكه بنفسِ الردةِ وتصرفه باطلٌ، وبه أقولُ لأن حرمة النفسِ أكثر من حرمةِ المال، وقد زالت حرمةُ نفسهِ لكفره فحرمة مالهِ أولى.

واعلم أنه على كل حال يستحق الحجر في تصرفهِ بالردةِ وبهذا يصير محجوراً عليه ففيه وجهان: **أحدهما**: بنفس الردةِ، وهو إذا قلنا: زال ملكه، **والثاني**: لا حجر إلا بحكم الحاكم وتصرفه باطلٌ من التدبير وغيره بعد الحجرِ قولاً واحداً. وقال أبو إسحاق: تصرفه بعد الحجر باطلٌ إلا الوصيةِ فإنها من تصح المحجور عليه، والتدبير في أحدِ القولين كالوصيةِ وأما بيعه وكاتبه قبل الحجر هل يوقف؟ فيهِ وجهان: **أحدهما**: باطل لأن العقد لا يقبل الوقف، **والثاني**: جائزٌ، لأنه موقوفٌ على النسخ دونَ الإمضاءِ كالوقف في مدة الخيار، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: إن كانَ التدبير

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١١٨). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٣).

قبل الحجر؛ فإن قلنا: الملك باقٍ صح التدبير، وإن قلنا موقوف فقولان أحدهما: باطل، والثاني: موقوف وهما قولا وقف العقود، وإن كان بعد الحجر فإن قلنا: ملكه زائلٌ لا يصح وإن قلنا: باقٍ، ففيه قولان بناء على تصرفاته من البيع والهبة ونظيرُهُ [٣٢/أ] القولان في تصرفات المفلس بعد الحجر عليهِ، أحدهما: باطلة، والثاني: موقوفةٌ، والصحيحُ ما ذكرنا أولاً واحتجَ المزني على ما اختاره بأن الشافعي قالَ: إذا كاتب المرتد عبده جاز فدل على أن ملكه ثابتٌ. قلنا: قد ذكرنا حكم كتابته، وقيل: فيه قولان، فإن قلنا: ملكه زائل أو موقوفٌ فباطلةٌ، وإن قلنا: ملكه باقٍ فجائز، وقالَ أبو إسحاق في الكتابةِ أيضاً ثلاثة أقوال، لأن الكتابة عقد يدخله الغرر، واحتج أيضاً بأن الشافعي اختار أن ينفق من مال المرتد ما يلزم المسلم نفقته فلو كان ماله خارجاً عن ملكه لما أمرَ بذلك لأنه لا يجوز أن ينفق من مال الغير، قلنا: قال الاصطخريُّ: لا ينفق عليه ولا على عيالهِ ولا يؤدي منه أروش جناياتهِ لأنه مالُ الغير وسائر أصحابنا سَلموا كل ذلك واعتذروا أنه أحق بذلكَ من بيت المالِ، وإن كانَ ملكه زائلاً عنهُ وعليه نص الشافعيّ، وَلأن نفقة من يلزمهُ نفقته إنما أخذناها من مالهِ لأن سبب وجوبها سابق واحتج أيضاً بالمدبر، ولا يصح ذلك لأن حريته معلقةٌ بموتهِ، والارتدادُ ليس بموتٍ وإن كان في بعض الأحكام كالموتِ. وَاحتج أيضاً باستصحاب الحالِ، فقالَ: مع أن ملكه له بإجماعِ قبل الردةِ، فلا يزول ملكه إلا بإجماعٍ، وهو أن يموت، قلنا: نحنُ لا نزيل ملكه بعد الردة حيث انعقد الإجماع على ملكه، وهو في حالِ إسلامه، وإنما نزيلُ ملكهُ بعد الردةِ، وليسَ بعد الردةِ إجماعٌ. واحتج بأنه لو خرج عن ملكه لصارَ فيئاً كما بعد موته، قلنا: لأنه معرض أن يعود إليهِ كمن ماتت له بهيمة فالجلد معرض أن يعود إلى ملكه لما عادَ بالإسلامِ [٣٢/ب] قلنا قد يعودُ كالعصيرِ يصير خمراً ثم يصير خلاً فيعودُ الملك فيه.

مَسْألةٌ: قالَ[١]: «ولو قالَ لعبدهِ: متَى قَدمَ فلانٌ، فأنتَ حرٌ فقدِمَ، والسيدُ صحيحٌ أو مريضٌ».

الفَصلُ

إذا قالَ: هذا فقدم والسيدُ مريضٌ، فمات عتق من رأس المالِ لأنه غير متّهم فيهِ لأنه لا يعلم هل يوافقُ قدومه مرضه أو صحته. وقالَ القفالُ: فيه قولٌ أخرٌ يكون من الثلث، وهو قول أبي حنيفةَ لأن نفوذَ العتق كانَ في مرض الموتِ وهما كالقولين في رجلٍ قالَ: إن قدم فلان فأنت طالقٌ فقدم فلانٌ وهو مريضٌ مرضُ الموت هل يجعل كأنه طَلقها في المرضِ أم لا يجعل كذلك؟ فيه قولان: وقالَ أبو حنيفة: ههنا يجعل كأنه طلقها في الصحةِ حتى ترث بخلافِ ما لو قالَ في العتق أنه من الثلث وعندي

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٣).

إطلاق القولين خطأٌ، وينبغي أن يقال: فيه وجه لبعض أصحابنا وكذلكَ الحكم في الطلاقِ. ولو قالَ: إذا مرضتُ فأنت طالقٌ ثلاثاً فمرضَ وماتَ منه طلقت وهل ترثه؟ قولان كما لو ابتدأ الطلاق في حالةِ المرضِ وعلى هذا لو باعَ الصحيحُ حابى وشرط الخيار لنفسهِ ثم مرض في مدة الخيار فلم يفسخ حتى مات. نص الشافعيُّ على المحاباة من الثلث لأنه لما كانَ قادراً على فسخه في مرضهِ فلم يفسخ وأجازه لحقته التهمةَ فيه فاعتبرنا المحاباة فيه من الثلث، وكذلكَ لو وهبَهُ في صحته وأقبضَهُ في مرضهِ ثم مات يكون من الثلث وعلى هذا لو قال لعبده: إن دخلت الدار، [٣٣/أ] فأنتَ حرٌ فمرضَ ثم دخل الدار ثم مات اعتبر من الثلث لأنه متّهمٌ باختيار الكلام في هذه الحالةِ.

فرعٌ

لو قال: أنتَ حرٌ إن جننتُ فجن هل يعتق؟ قال صَاحبُ الإفصاح: يحتمل وجهين: أحدهُما: لا يعتق لأن المضاف إلى حالةِ الجنون كما لو ابتدأهُ في حالة الجنون كما قالَ الشافعيُّ في اعتباره من الثلث، والثاني: يعتق لأن الإيقاع حصلَ في الصحةِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو دبر أخاهُ، وعتق بموته لم يرثه قولاً واحداً، لأنهُ حصل العتق قبل الموتِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لأخيه: أنتَ حرٌ في آخر أجزاءِ صحتي المتصل بأول أسباب موتي ثم مات عتق من رأس المال وورثه لتقدّم عتقه في الصحة بعدَ موتهِ، ولو قال له: أنتَ حرٌ في آخر أجزاءِ حياتي المتصل بموتي عتق من ثلثه إذا مات وفي ميراثه وجهان: **أحدهما**: لا يرث لأن عتقه في المرضِ وصيةٌ تمنع الميراث، **والثاني**: يرث ولا يكون عتقه وصيةً له وإن كانَ معتبراً من الثلث لأن الوصية ما مُلكَ عن الموصي، وهو لم يملك نفسه عنهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لأخيه في صحتهِ: إن متُّ بعد شهرٍ فأنت اليومَ حرٌ فمات قبل شهرٍ لم يعتق وإن مات بعد شهرٍ عتق يوم لفظه وورثَهُ. ولو قال ذلكَ في مرضه كانَ في ميراثه الوجهان ثم أعاد المزني مَسألةً ذكرها فلعله نسيها فقالَ: «وجنايةُ المدبر كجناية عبدٍ» وقد مضت هذه المسألة.

مَسألَةٌ: قالَ(١): ولا يجوزُ عَلى التدبيرِ [٣٣/ب] إذا جحدَ السيدُ إلا عدلان.

اعلم أنه إذا اختلفَ السيّدُ والعبدُ في التدبير فادعى العبدُ ذلك وأنكره السيدُ فهو مبنيٌ على أن التدبير وصيةٌ أم عتق بصفةٍ؟ فإن قلنا: إنه عتق بصفةٍ صح الاختلاف فيهِ لأن الرجوع فيه بالقول لا يمكن، فإن لم يكن مع العبدِ بينَةٌ، فالقول قول السيد لأن

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٣).

الأصل بقاءُ الرق فيحلف أنّهُ ما دبره فإنها يمين على الإثبات، وإن كانَ مع العبد بينَةٌ يحكم بها، ولا يقبل في ذلك إلا ذكران لأن القصدَ منه العتق، وإن قلنا: التدبير وصيةٌ يصح الرجوع فيه بالقولِ، فمن أصحابنا من قال: القول قول السيد: ما دبرت، ويكون رجوعاً إذ لا فرق بين أن يقول: رجعتُ وبين أن يقول: ما دبرت فلا يتصور الإحلاف على هذا الوجه، ومن أصحابنا من قالَ: لا يكونُ رجوعاً، وهو المذهبُ المنصوصُ عليه في كتاب الدعوى والبيانات فإنه قالَ فيهِ: إذا ادعى العبدُ على سيدهِ أنه دبره، فأنكره، قلنا له: لا نحتاج إلى يمين في التدبير فنص على أن الإنكار لا يكون رجوعاً وهذا صحيحٌ، لأن جحود الشيء لا يكون رجوعاً كجحودِ الزوج للزوجة لا يكون إقراراً بالطلاق، فعلى هذا يتصور الإحلاف على القولين معاً وله أن يسقط اليمين على نفسهِ بأن يقول: إن كنت دبرته فقد رجعت عنه في أحد القولين، وكذلكَ إذا قامت البينة عليه على هذا القول فله إسقاطُها بما ذكرت وله بعد حكم الحاكم بالبينة أن يسقط الحكم أيضاً بما ذكرت، وقالَ في «الحاوي»[1]: إذا أنكر السيّدُ [٣٤/أ] فليسَ له إحلاف السيدِ وَلا تسمع البينة عليهِ إذا أرادَ السيد بجحودهِ تعجيل بيعهِ لأن له إبطال تدبيره ببيعه، وإن أرادَ أن يستبقيه على ملكه سُمعت دَعواهُ وهل يحلفُ السيدُ فعلى ما ذكرنا.

فرعٌ

لو وقع هذا الاختلاف بينَهُ وبين ورثة مولاهُ بعد موته فرجوعهم عنهُ لا يصحُّ إذا كان العبدُ يخرجِ من الثلث، فإن لم يكن للعبد بينة حَلف الورثةُ ما علموا أن أباهم دبرَهُ، وكان رقيقاً، وإن نكلوا حَلفَ العبدُ على البتِّ وعتق إذا حَلفَ، فإن حَلفَ بعضهم ونكل البعضُ حلف العبد وعتق منه نصيبُ الناكلين ورق نصيبُ غير الناكلين.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الحاوي»[2]: الورثة مخيرون في نفي التدبير أو العتق، فإن حلفوا على نفي التدبير قالوا: والله لا نعلم أنه دبركَ ولا يحتاج أن يقول: وإنك لباقٍ على الرق، وإن حلفوا على نفي العتق، قالوا: لا نعلم أنك عتقت، وهل يلزمهم أن يقولوا في هذه اليمين وإنك لباقٍ على الرق فيه وجهان: **أحدُهما**: لا يلزم، **والثاني**: يلزمُ ههنا، والفَرقُ [بينهما] أن التدبير صَريح الدعوى فجاز الاقتصار على نفيه، والعتق حكمُ الدعوى في حق العبدِ والرق حكم الإنكار في حق الورثةِ فيلزم الجمعُ بين الأمرين نفياً وإثباتاً.

فَرْعٌ آخرُ

إذا لم يحلف الورثَةُ ورد اليمين على العبدِ يجب عليه أن يحلفَ إذا علم أنه صادقٌ ليفتك رقبته من الرق.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٢٤).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٢٤، ١٢٥).

فَرْعٌ آخرُ

لو ثبت التدبير وادعى الوارثُ رجوع السيدِ عنهُ بأن قالَ: رجعت أو بأن باع ثم اشترى يقبل فيه شاهدٌ ويمينٌ وشاهدٌ وامرأتان لأن قَصدَ [٣٤/ب] الوارث منه المال ذكره بعض أصحابنا بخراسان، وعلى هذا العجزُ عن أداءِ مال الكتابة يثبتُ بشاهدٍ ويمين وشاهدٍ وامرأتين لأن القصد منهُ المالُ بخلافِ الكتابة لا تثبت إلا برجلين، ومن أصحابنا من قالَ: إذا ادعى السيدُ الرجوع يقبل منهُ هذا ولا يقبل من الورثة في أحد الوجهين، لأن السيدَ يدعي الملكَ والورثةُ ينفونَ حُرّيةً حاصلةً بموتِ السيّدِ في الظاهرِ.

بَابُ وطءِ المدبّرةِ وحكم ولَدها

مَسْألةٌ: قالَ[١]: «ويَطأُ السيّد مدبرَتَهُ».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا دبَّر أمتَهُ لم يحرم عليه وطئها لأنها مملوكة له ملك رقبَتَها ومنفعتها ويخالف الأمةَ الزوجة لأنه ملكَ منفعة الاستمتاع زوجها، فلم يجز له استباحتها ولأنّه لما جاز للولي وطء أم الولدِ فلأن يجوز وطء المدبرة أولى لأن استحقاق أم الولدِ للحريةِ آكدُ، ولا يمكن السيد إبطالها بالتصرف، ولا الرجوع عنها وروي عن ابن عمرَ رضي الله عنهما أنه دَبّرَ أمتين له وكان يطؤهما[٢]، فإذا وطئها وأحبلها فولدت منه، قالَ أصحابُنا صارت أم ولده ويبطل التدبير لأنه آكد من التدبير إذ يعتبر من رأسِ المالِ، وَلا يصح الرجوع عنهُ، فأزال الضعيفَ كما إذا وردَ ملك اليمين على النكاح أبطله لأنه أقوى من النكاح. وقد قالَ الشافعيُّ رضي الله عنه[٣]: لا فائدة في إبقاءِ التدبير لأنه لا يجوز أن يزولَ حكم الإحبالِ في حياةِ سَيّدِهَا، فيكون لبقاءِ التدبير فائدة، ويخالفُ هذا إذا دبرها ثم كاتبها يبقى التدبيرُ [٣٥/أ] في أحدِ القولين لا يجوز أن يُفسخ عقد الكتابةِ ويبقى حكم التدبير، وأيضاً فالكتابةُ والتدبيرُ معناهما واحدٌ، وهو أن كل واحد منهما تعلق عتق نصفهِ من جهةِ القولِ، فلم يمنع **أحدهما** صحة الآخر بخلافِ الاستيلاد والتدبير. وقال صاحبُ «الحاوي»[٤] هكذا ذكر أبو حامدٍ ولا يصحُ ذلك لأنه قد طَرأ على التدبير ما هو أغلظ منهُ، وهو الإيلاد فصارَ داخلاً فيه، وغير مبطل لهُ كما لو طرأ الجنابة على الحدث يدخل فيهَا ولا يرتفع بها، وقيل: يعتق بشيئين حَتى لو رَجع في التدبير قولاً، وجوزنا ذلكَ في أحدِ القولين، بقي الاستيلاد.

مَسْألةٌ: قالَ[٥]: «وَمَا وَلدتْ مِن غَيرهِ فَفيهَا وَاحدٌ مِن قَولينِ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٥٨١)، وفي «معرفة السنن» (٦٠٨٥).

(٣) انظر الأم (٧/ ٣٥٣).

(٤) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٢٦).

(٥) انظر الأم (٥/ ٢٧٣).

الفَصْلُ

اعلم أن المدبرةَ إذا أتت بولدٍ من زوجٍ أو زنا فيه قولان منصوصان: أحدهما: يتبعها في التدبير لأنها تعتق بموت سَيّدها فوجبَ أن يتبعها ولدها في حكمها كأم الولدِ، ولأن ولدَ كل ذات رحم بمنزلتها فولدُ الحرّة حرٌّ وولد المملوكة مملوك فكذلكَ ولد المدبرة مدبر، وبهذا قالَ عمرُ وعثمان وابن مسعود وابن عمرَ وجابرٌ رضي الله عنهم وَهو مذهبُ مالكٍ وأبي حنيفة والثوري وأحمد وإسحاق، ولفظ جابر ما أرى ولد المدبرة إلا بمنزلة أمهم[(١)]، ولفظ ابن عمرَ ولد المدبرة بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقونَ برقها[(٢)]، والثاني: لا يتبعُهَا بل يكون مملوكاً للسيدِ وبه قالَ زيدُ بن ثابتٍ وأبو الشعثاء جابر بن زيد من التابعين وعطاءٌ وهو اختيار المزني، ولفظ زيد بن ثابتٍ حينَ جاءَ رجلٌ إليه، وقالَ: ابنةُ عم لي أعتقت جاريتها عن دبرٍ ولا مال لها غيرُهَا، [٣٥/ب] قال: لتأخذ من رحمها ما دامت حيَّةً[(٣)]. وروى أبو الزُّبير قالَ: سَمعت جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقولُ في أولاد المدبرة: أنهم عَبيدٌ إلا أن تكونَ حبلى يومَ دبرت[(٤)]، أوردَهُ الإمامُ البيهقي ووجهه أن التدبير عقد يدخله الفسخ فلم يَسر حكمه إلى الولدِ كالرهنِ والوصيةِ. واختلف أصحابنا في هذين القولين، فمنهم من قال: هما مبنيان على القولين في التدبير أنه وصيةٌ يصح الرجوع عنه أو لا، فإن قلنا: وصية لا يتبعها وإن قلنا عتق بصفةٍ وليس بوصيةٍ يتبعها وهذه طريقة المزني، ومن أصحابنا من قال: سواء قلنا إنه وصية لو عتق بصفةٍ فيه قولان، وهذا اختيار أبي إسحاق لأن الشافعي نص على أن ولدَ المعتقة بالصفةِ هل يتبعُها قولان. ذكره القاضي الطبري، فلو كان مبنيّاً على القولين لوجبَ أن يكونَ في ولدِ المعتقة بالصّفةِ قول واحدٌ أن الولد يتبعها، ولا يعني بهذا أن الولدَ يتبعها في الصّفةِ حتى إذا أدخل الولد الدار وكانَ العتق معلقاً بدخول الدار يعتق الولد ولكن أردنا به أن الولد يعتق بدخول الأم الدار في أحد القولين، ولأن التدبير يفارقُ الوصايا لأنه يتضمن العتق المبني على التطيب والسراية. قالَ بعضُ أصحابنا بخراسان: هذا مرتب على التدبير، فإن قلنا: لا يتبع الولد المدبرة في التدبير ففي المعلق عتقها بصفةٍ أولى، وإن قلنا: هناك يتبع فههنا قولان، وقيل: هذا في صفةٍ لا توجَدُ لا محالة، فإمَّا في صفةٍ قد تكونُ مثل قدوم فلانٍ لا يتبَعُ الولدُ الأم قولاً واحداً وهذا ضعيفٌ [٣٦/أ].

قالَ القفالُ: والصحيح من المذهبِ أنه لا يتبَعُها بخلافِ التدبير، والفَرقُ أن المدبرة أشبهت أمُّ الولدِ لأن عتقها معلقٌ بموت السيدِ كأمِّ الولدِ سواءٌ، فإن قلنا: الولد يتبعها

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٨٦).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٥٨٤)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٣١).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٥٨٤)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٣٢).
(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٥٨٤)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٣٢).

في التدبير فرجع السيد عن تدبيره الأم وهي حامل، أو ولدت وماتت الأم، فهل يبطل التدبير في الولدِ؟ نص الشافعيُّ على أنه يبطل ويكون الولدُ باقياً على تدبيره يعتق بموت السيد لأنهما مدبران، فإذا بطل التدبير في **أحدهما** لم يبطل في الآخر كالعبدين، ويفارق ولد المكاتبة إذا قلنا: يعتق بأداءِ النجومِ فعجزت نفسها وفسخت الكتابةَ، فإنها تُنفسخ في الولدِ ولا يعتق، والفرَقُ بينهما أنا لم نجعل ولد المكاتبة مكاتباً، ولا أدخلناهُ في العقد، وإنما جعلناهُ موقوفاً على حرّيتها في أحدِ القولين لأنه حصل في ملكها، فإذا عادت رقيقةً عاد الولد رقيقاً، وههنا جعلنا ولد المدبرة مدبراً، ولأن عتق الولدِ هناك يتعلق بأدائها النجوم، فإذا فسخت الكتابة بطل أداء النجوم، فلا تحصل صفة العتق في الوَلدِ، وليسَ كذلك في التدبير، فإن الصفة موت السيدِ، وذلكَ لا يسقط ببطلان التدبير في الأم، ولو رجع في تدبير الولدِ لم يكن رجوعاً في تدبيرِ الأم للعلّة التي ذكرناها، ولو أعتق الولد في البطن لم تعتق الأم، فلا يبطل تدبيرها بالرجوع في تدبير الحمل.

فرعٌ

لو رجع في تدبيره ثم ولدت لأقل من ستةِ أشهرٍ من يوم رجع فالولد مدبرٌ لأنه كان في بطنها قبل رجوعهِ عن تدبيره، وإن وضعت لأكثر من ستةِ أشهرٍ من يوم رجع فهو مملوكٌ، وهذا إذا كانَ لها زوج فأتت بولدٍ وإن حكمنا بلحوق الولدِ [٣٦/ب] بالأب هل يكون مدبراً؟ فيه قولان: أحدهما: يتبعها كما يحكم به في النسب، والثاني: لا يتبعها لأن النسب آكد في ثبوته بالإمكان.

قال المزني: لما حكي هذا الفصل عن الشافعي رضي الله عنه هذا أيضاً رجوع في التدبير بغير إخراج من ملكه فتفهم، قلنا له: أجاب الشافعي على أحدِ القولين، فأي إشكال في هذا حتى يحتاج إلى تفهّمه؟

فَرْعٌ آخرُ

لو كانت له أمةٌ حاملٌ فدبرها فالحمل يتبع الأم في التدبير نص عليه في «الأم»[١]، ولا يختلف مذهبُه فيه، فإن قيل: جعلتم الولدَ تابعاً للأم في التدبير ولم تجعلوه تابعاً للأم في التدبير، ولم يجعلوه تابعاً لها في الرجوع، قلنا: لأن للحريّة تغليباً وسرايةً بخلاف الرجوع. وقالَ القفالُ: لا يتبع الحمل الأم في المدعو قولاً واحداً، وهو اختيار المزني، وقالَ بعض أصحابنا: الترتيبُ فيهِ. أمَّا إذا قلنا: الولد الحادث يتبعها فههنا قولان بناءً على أن الحمل يعرفُ أم لا؟ فإن قلنا: لا يعرفُ، فهو كالحادث، وإن قلنا: يعرف فوجهان: أحدهما: يتبع لأنه عقد عتاقٍ، والثاني: لا يتبع لأن العتاقَ سراية إلى نصيب الشريك إلى الولدِ بخلافِ التدبير وهذا خلاف المنصوصُ والحمل يتبع الأم كما في العتق، والبيع ولا خلاف أنه لو مات السيدُ وهي حامل يعتق الولد

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٥٣).

بعتقها أن حملها الثلث حاملاً، وإلاّ فيقدر ما حمل من الثلث.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لها: أنت مدبرة دون حملك صح الاستثناء إن ولدته قبل موته وبطل إن ولدته بعد موته لأن الحرة لا تلد إلا حراً.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[1]: ولو دبرَ [٣٧/أ] الحملَ دونَ الأم صح لأنه لو أعتق الحملَ دونَ الأم صح، فإن باعَها نظرَ فإن نوى الرجوع عن تدبير الأم صح البيعُ، وإن لم ينو ذلكَ وولدت قبل ستةِ أشهرٍ بطل البَيعُ لأنه بمنزلة استثناءِ الحملِ، وإن ولدت بعد ستةِ أشهرٍ قالَ في «الأم» فيه قولان: أحدهما: البيع مردود لأنهُ كانَ ممنوعاً من البيع حتى يعرفَ حال الحمل، والثاني: البيع جائزٌ، ومن أصحابنا من قالَ: ليس على ظاهره فيما ذكر في «الأم» بل إذا باع الأم ونوى الرجوع عن تدبير الحمل أو لم ينو الرجوع كانَ رجوعاً وصح البيعُ، ألا ترى أنه لو كانَ له عبدٌ فدبره، ثم نسي تدبيره فباعه كانَ رجوعاً وصح البيعُ؟ وإن لم ينعقد الرجوع، وإنما أرادَ الشافعيُّ بما ذكر أنه إذا باع الأم مطلقاً، ولم يستثن حملها صح البيعُ، وكانَ رجوعاً في تدبير الولدِ، وإن استثنى الحمل لم يصح البيعُ لأنه لا يجوز استثناء العُضو منها، وإذا لم يصح البيعُ كان التدبير بحالهِ. وقالَ في «الحاوي»[2] إذا باعها مطلقاً، ولم يقصد بهِ إبطال التدبير ولا الاستثناء في البيع هل يصح البيعُ؟ فيه قولان: أحدهما، يصح لأن بيعَ المدبر رجوع وإن لم يقصد به الرجوع، والثاني: هو المنصوص البيع باطل لأن حكم الحمل مخالفٌ لحكم الأم وهذا أصح عندي.

فَرْعٌ آخرُ

لو دبر أمتَهُ وقلنا: الولد يتبعُها، وأن الرجوع عن التدبير يصح بالقول فقال: كلما ولدت ولداً فقد رجعتُ في تدبيره لم يكن ذلكَ رجوعاً، وإذا ولدت ولداً كانَ مدبراً حتى يرجعَ في تدبيره بعد ولادته وهذا لأن الرجوع في التدبير، إنما يصح بعد [٣٧/ب] أن يثبت للولدِ حكم التدبير وقبل أن تلد ما يثبت له حكم التدبير، فلم يصح فيه الرجوع، وهو كما قال لعبده: إذا دبرتكَ فقد رجعت في تدبيركَ لم يصح ذلكَ الرجوع بحالٍ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لأمته: أنتِ حرةٌ بعد موتي بعشر سنين فقد علقَ عتقها بصفةٍ توجد بعدَ الموتِ، فقبل الموت هي معتقةٌ بصفةٍ إذا أتت بولدٍ في تلك الحالة هل يتبعها في حكم الصفة؟ قولان: فإن مات السيدُ فقد دخل وقت الصفةِ فيعزل من الثلث، وتكون رقبتها

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٥٣).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٢٩).

موقوفةً على العتق لا يتصرف الورثةُ فيها ومنفعتها وكسبها لهم فإذا أتت بولدٍ في تلك الحالةِ، قال الشافعيُّ: يتبعها في حكمها، واختلفَ أصحابنا فيه فمنهم من قالَ فيه قولان: كما لو أتت به قبل الموت، والشافعي نصَّ على أحد القولين، ومنهم من قال: يتبعها قولاً واحداً على ما نصَّ عليهِ، والفَرقُ بين هذا وبين ما قبل الموتِ أن قبل الموتِ لم يستقر له حكم الصفةِ وله سَبيلٌ إلى إبطالها، وبعدَ الموت استقر حكم الصفةِ حتى لا سبيل إلى إبطالها قولاً واحداً فتبعها الولد قولاً واحداً كأم الولد.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أعتق الولد معها كانا من الثلثِ ولا يقرع بينهما بل يعتق عنهما بقدر ما احتمل الثلث على سواءٍ، وإن لم يعتق الولد معها ففيه وجهان: أحدهما: يكون من تركة السيد، **والثاني**: يكون ملكاً للورثةِ، ذكره في «الحاوي»[١].

مَسألةٌ: قالَ[٢]: «ولو قالَتْ ولدتُهُ بعدَ التدبيرِ».

الفَصْلُ

إذا قلنا: يسري التدبير إلى الولد فاختلفا فحاله حصل قبل التدبير أو بعده، فقالت: المدبرة ولدته بعد التدبير فعتق، وقالت: الورثَةُ [٣٨/أ] ولدته قَبل التدبير فالقولُ قولُ الورثة لأن الأصل عدم التدبير، وَلا يد للمدبرة على ولدها، لأنها تدعي حريَّة الولد، ولا تثبت اليَدُ على الحر، ويحالف هذا إذا كانَ في يده المدبرة التي عتَقت بموت السيد مَالٌ، فتَنازعت هي والورثَةُ، فالقولُ قولها إنها استَفَادت ذلك بعد ما عتقت إذ لها يد في مالها ونظير هاتين المسألتين أن المكاتبة إذا قَالت: ولدتُ بعدَ الكتابةِ، وقلنا: تَسري الكتابَةُ إلى الولدِ وقال السيدُ: بل ولدت قبل الكتابةِ فالقول قولُ السيدِ، ولو اختلفا في مالٍ في يدها، فالقولُ قولها لأن لها على ما في يديها من المالِ يداً، ولا يد لها على ولدهَا، ومثله لو حصل للمكاتب في أمته ولدٌ وكانت الأمةُ من قبل للسيدِ، فقالَ السيّدُ إن حصل الولدُ قبل أن ملكته بزنا، أو نكاح فَهو ملكي، وقال المكاتب: بل حصل مني بعدما ملكت الأمة فهو موقوفٌ على حُكمي يعتق بعتقي فالقولُ قول المكاتب لاَ على معنى أن الكتابةَ تَسري إلى هذا الولد منه بل هو بحكم أنه ولد أمته ولولاَ البنوةَ لكانَ ملكًا له أن يتصرفَ فيه كما يتصرّف في سائر الأموال التي في يده، فالقول قوله في ذلكَ، ولأنها لو اختلفا في تدبير الأم كان القولُ قول الوارث فكذلكَ إذا اختلفا في تَدبيرِ الولدِ.

فرعٌ[٣]

إذا نكل الوارث عن اليمين رُدت على المدبرة، فإن نكلت ففيه وجهان: أحدهما: يحكم برق الولدِ، والثاني: يوقف أمره ليحلف الولد بعد بلوغهِ.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٣٠). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٤).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٣١).

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[1] لو أقاما جميعاً البينَةَ، فالبيّنةُ بينَةُ الوارث لأن الولدَ مملوك في يد الوارث [٣٨/ ب].

فَرْعٌ آخرُ

قال ولو تنازعَا في الكسبِ الذي في يده فأقامَ العبدُ بينةً أنه أفادهُ بعد موت سَيده، وأقامَ الورثَهُ بينةً أنه أفاد ذلك المال قبل موته كانت البيّنَةُ بينة المدبر، والقول قولهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو أقامَ الورثة البينة أنه كانَ في يده وسيدهُ حيٌّ، وقالَ المدبرُ كان في يدي لغيري وإنما ملكته بعد موت سيدي، وأقامَ البيّنَة، فالقولُ قوله معَ يمينه ولاَ أخرجهُ من يده حتى يقولَ الشهود: كانَ في يديه وسيده يملكه.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: ولد المدبرة قبل موت السيدِ لا يتبعها، فاختلفا، فقالت المدبرة: ولدته بعد موت السيدِ فهو حرٌ، وقالت الورثة: ولدته قبل موته فهو مملوكٌ لنا، فهذا على ضربين: أحدهما: أن يقر أنه جرى عليه في العلوق حكم الرق [لأنها ولدته لأقل من ستة أشهر من موت السيد، فالقول قول الوارث مع يمينه استصحاباً لحكم رقه. والثاني: أن ينكر أنه جرى عليه في العلوق حكم الرق][2]، وأنها علقت به في الحرية، وولدته بعد موت سيدها لستةِ أشهرٍ، فصاعداً، فالقول قولها مع يمينها لأن الحرية في الناس أصل والرق طارئ [فإن حلفت كان ولدها حرًّا][3]، وإن نكلت، ففيه وجهان: أحدهما: ترد اليمين على الوارث، إذا قلنا فيما تقدم أن نكول الوارث لا يوجب توقف اليمين، والثاني: لا ترد على الوارث ويوقفُ اليمين على بلوغ الصّبي، فإذا حلفَ بعد بلوغهِ كان حراً، وإن نكل ردت اليمين على الوارث وَهذا إذا قلنا فيما تقدم أن النكول لا يوجب وقفَ اليمين، هكذا ذكره في «الحاوي»[4]، وقالَ فيه أيضاً[5]: لو اختلفا في الكسب فشهدت بينةُ الوارث أن هذا المال كان في يده في حياةِ سيده ففي قبولها والحكم بها قولان من القولين في حكم اليدِ [٣٩/ أ] المتقدمةِ **أحدُها**: يقبل ويحكم به للوارث، **والثاني**: لا يقبل للمدبر معَ يمينه.

فَرْعٌ آخرُ

قال ابن سريج: لو كانَ لرجل عبد فدبره ثم ملك أمةً فوطئها المدبر وأحبلها، فإن

(١) انظر الأم (٧/ ٣٥٤).
(٢) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل واستدركناه من الحاوي (١٨/ ١٣١).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٣١). (٤) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٣٣).
(٥) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٣٣).

قلنا: لا يملك بالتمليك، فالولد يكون مملوكاً للسيدِ ولا حد على العبد لأنه وطيء بشُبهةٍ وثبت نسبُه. قالَ القاضي الطبريُ: نص عليهِ في «الأم»، وإن قلنا: يملك بالتمليك، فالولد لا يمكننا أن نحكم له بالحريّة وهو خارج من بين الرقيقين، ولكن بأيّهما يلحقُ، قال ابن سريج فيه وجهان: أحدهما: يتبع الأم فيكون رقيقاً للسيدِ لأن حكم الولد حكم الأم في الحريّةِ، والثاني: حكمه حكم الأب، فيصير مدبراً كما لو كانَ حراً، فأحبل مَملُوكةً كان تابعة له في الحرية، وقالَ في «الحاوي»[1]: على هذا القول الذي نقول يملك العبدُ بالتمليكِ والولدُ تبع له في التدبير قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخرُ

لو كانَ لأحدهما بينَة، في المسألةِ السابقة سمعتْ ويحكم بها، والبيّنةُ أربعُ نسوةٍ في حقّيهما لأنها بينَةٌ على الولادة، وإن أفضت إلى الحرية أو الرق.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[2]: لو كانت أمةٌ بين اثنين فدبراها ثم جاءت بولدٍ فادعاهُ **أحدهما** كان ابنه وضمن نصفَ قيمتهِ ونصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه إن شاءَ شريكه لأن مشيئتَهُ أخذ قيمتها رجوعٌ في تدبيرها وكانت أم ولدِه. وقالَ القاضي الطبريُّ عندي أنها لم يقوم نصيب شريكِهِ عليهِ إلا برضاها لأنه قد ثبت له في عتقه حق الولاءِ، والله أعلم [٣٩/ ب].

وعلى هذا إذا دبراهُ ثم أعتق **أحدهما** نصيبَهُ وهو مُوسرٌ وجب أن لا يقوّم نصيب شريكه عليهِ إلا برضاهُ وقد ذكرنا فيهِ قولين، وقالَ القاضي أبو حامدٍ وفي قيمةِ الولد الذي ادعى أنه منه لم يكن له قيمته وهذا لا يختلف مذهبُه فيهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»[3]: لو قالَ ولدكَ ولد مدبر لم يكن هذا تدبيراً إلا أن يريدَ تدبيراً.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: ولو ولدت ولدين **أحدهما** لأقل من ستةِ أشهرٍ والآخر لأكثر من ستةِ أشهرٍ يعني من يوم التدبير فهما حملٌ واحدٌ وحكمهما واحد ويكون الكل مدبراً، أو عتيقاً. قال القاضي أبو حامدٌ: هذا إذا كانت تحت زوج يعني في اعتبار ستةِ أشهرٍ، فأمّا إذا كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها يعتبرُ أربع سنينَ.

بَابُ تَدْبِير النصرانيّ

مَسْأَلةٌ: قالَ[4]: «ويجوزُ تدبيرُ النصرانيِّ».

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٣٢).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٥٤).
(٣) انظر الأم (٧/ ٣٥٣).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢٧٤).

الفَصلُ

جملة هذا أن الكافر كالمسلم في جواز تدبيره سواء كانَ يَهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً أو وثنياً، ذمياً كان أو حربياً لأنه لما كانَ كالمسلم في سائر التصرفاتِ كذلك في هذا، وإذا دبر الكافر عبداً، فهو بالخيار بين أن يرجع في تدبيره أو يقيم عليهِ وحكم الرجوع كما ذكرنا، وإن اختار المقام عليه عتق بموته من الثلثِ كالمسلم سواءً، وإذا دبر الحربيُّ عبداً كافراً وأدخلَه دار الإسلام أو دبره في دارِ الإسلام [٤٠/أ]، ثم أراد ردّهُ إلى دار الحرب لم يمنع منهُ لأنه مملوكه يجوز له استدامة ملكه عليهِ والتصرف فيه كيف شاءَ، والتدبيرُ باقٍ، ويفارق هذا إذا كاتب عبده يمنع من إجبارهِ على الخروج معَهُ لأنه قد زال ملكهُ عن منفعتهُ وصار مخولاً دونَهُ.

مَسألةٌ: قالَ[١]: «فإنْ أسلمَ المدبرُ».

اعلم أنه إذا دبر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد، فقالَ للسيدِ: أنت بالخيار فإن رجعت في تدبيره بطل التدبير وبعنا عليكَ ولا نمنعك الرجوع في التدبير كما لا نمنعك الرجوع في الوصيّةِ ولا ندعك تملك مُسلماً يمكن بيعهُ، عليكَ إن أقمت على التدبير ففيه قولان مَنصوصان، أحدهما: يُباع عليهِ وبه قال مالكٌ، واختاره المزني لأنه كالعَبدِ القن في جواز التصرّفِ فيهِ، والثاني: لا يُباع عليهِ وهو الأصح. وبه قال أبو حنيفة لأن الحظ ها هنا للعبد في ترك البيع حتى لا يبطل حق حريته، فإذا قلنا: يُباع فبيع بطل التدبير، وإذا قلنا: لا يباع قيل لسيده: لا تتركه في يدك فأنت بالخيار بين أن تسلمه إلى مُسلم يكون في يدهِ، وينفقُ عليهِ من كسبه وبين أن تخارجَهُ على شيء يدفعه إليك، أو إلى وكيلك إن لحقت بدار الحرب، وإذا ماتَ واحتمله الثلث عتق كله، وإن لم يحتمله الثلث عتق منه قدر ما يحتمله الثلث، ويرق الباقي للورثة ويُباع عليهم قولاً واحداً لأن التدبير قد بطل في ذلك القدر ويمنعه خدمة السيد بكل حالٍ لأنه مسلم والاستخدام استهانَةٌ. واحتج المزني على ما اختارَهُ بأن التدبير وصيةٌ. ولو أوصى كافرٌ [٤٠/ب] بكافرٍ، ثم أسلم العبدُ يُباع عليه لأنه صار بالإسلام عدواً له كذلكَ هَهنا، قلنا: الموصى به لا يرجو خلاصاً من وثاق الرق باستيفاءِ الوصيةِ، والمدبر باستيفاءِ التدبير يرجو خلاصاً من وثاق الرق فله حظ في إبقاءِ التدبير بخلافِ ذلك فافترقا.

فَرْعٌ

لو كاتب الكافرُ عبدَهُ الكافر ثم أسلم المكاتب لا يُباع عليهِ قولاً واحداً لأنه يحول بينَه وبينه، وله إكسابه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يُباع عليه المكاتب إذا أسلم فيه قولان، والأصح أنه لا يُباع، والأصحُ في المدبر أنه يُباع عليه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٤).

فَرْعٌ آخرُ

إذا أوصى بعتقه بعد موته، ففيه طريقان أحدُهما: هل يُباع عليه فيه قولان كما لو دبَره، والثاني: يُباع عليهِ قولاً واحداً لأن الوصية بعتقه أضعف من التدبير، ولو أوصى به لمسلم يُباع عليهِ قولاً واحداً لأنه لا يتوصّل بهِ إلى عتق هو أنفعُ له من البقاءِ في ملكهِ.

بَابُ تدبيرُ الصبي الذي يَعقل ولم يبلغْ

مَسألةٌ: قالَ[(١)]: «مَن أَجازَ وصيتَهُ أَجازَ تَدبيَرهُ».

جُملة هذا أن في وصيةِ الصبي وتدبيره قولين: أحدهما: لا يجوز، وبه قال مالكٌ وأبو حنيفة واختاره المزني لأن التدبير عقدٌ، فلم يصح من الصبي كالبيع ولأنهُ لا يصح عتقه، فلا يصح تدبيره كالمجنون، والثاني: يجوز وبه قال مالكٌ في روايةٍ، قال القاضي أبو حامدٍ: وهذا أظهرُ قوليهِ، واختارهُ الشيخ أبو حامدٍ لأنه منع من التصرفِ لحظة والخط ها هنا في جوازه لأنه إن عاش لا يلزمهُ ذلكَ وإن ماتَ [٤١/أ] يَبقى لَهُ الأجرُ والثوابُ ويخالفُ العتق، لأنه لازمٌ لا يمكن أن يرجع فيه. وروي أن قوماً سَألوا عمرَ بن الخطاب رضي الله عنه في غلامٍ يافع لم يَبلغ الحلم، وروي كان ابن عشر سنين وصي لبنت عمه، فأجاز عمر رضي الله عنه وصيتَهُ[(٢)].

فَرْعٌ

يصح التدبير من السفيه المحجورِ عليهِ قولاً واحداً، لأنه إنما منع من التصرفِ لئلا يضيع ماله، وبالتدبير لا يضيع لأنه باقٍ على ملكه، فإن مات استغنى عن المال وحصلَ لَهُ الثواب، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان أيضاً، وهو ظاهرُ كلام الشافعي لأنه سوّى بينَه وبين الصَّبيّ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: تصح وصية الصبي، فإن قلنا: يصح الرجوع عنه بالقَول، فللصبي أن يرجعَ بالقولِ، فيقول: فسخته أو أبطلته، وإن قلنا: لا يَصح الرجوع عنه إلا بما يزيل ملكه لا يصحُّ من الصبي إزالة ملكه، قال الشافعي: فيقومُ وليه مقامَهُ في ذلك، فإذا رأى حظه في بيعه باعَهُ وَأبطل تدبيره، لأنه مندوبٌ إلى القيام بمصَالحهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو باعه الولي وقصد به الرجوع في التدبير، ولم يقصد بهِ المصلحَةَ لم يجز لأنه لا حَجر عليهِ فيهِ، ولو أرادَ الولي أن يرجعَ عنه بالقولِ لا يجوز قولاً واحداً، ولو أذن الصَّبيُّ للولي في بيعه كان بيع الوَليّ عن إذنه رجوعاً بكل حالٍ ذكره في «الحاوي»[(٣)].

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٤).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٥٩٨)، وفي «معرفة السنن» (٦٠٨٧).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (٨/ ١٣٨).

فَرْعٌ آخرُ

قالَ بعض أصحابنا: في تدبير السكران قولان، كما في طلاقه، وقيل: إن لم يكن عاصياً بأن كان مكرهاً على الشرب لا يصحّ تدبيره ولا وصيته، وإن كان عاصياً بالشرب، [٤١/ب] فإن قلنا: لا يقع طلاقه لا يصحُّ وإن فرّقنا بين ماله وما عليه لا يصحُّ أيضاً، لأن هذا له، وكذلك لا يجوز إعتاقه وإن وقع طلاقه، وإن قلنا: إنّهُ كالصَّاحي يصحُّ الكلُّ، ذكره في «الحاوي»[1].

فَرْعٌ آخرُ

لو دبر المعتوهُ والمغلوبُ على عقلهِ أو الصبي الذي لا يعقل لا يجوز، وإن كانَ يجن ويفيق لا يجوز فإن دبرَ في حال الإفاقةِ جاز، وإن دبر في غير حال الإفاقةِ لم يجز.

فَرْعٌ آخرُ

لو دبرَ عبداً ثم خرسَ فإن كانَ له إشارةٌ معقولةٌ أو كتابةٌ مفهومةٌ صح رجوعهُ عن التدبير بذلكَ، إن قلنا: يجوز الرجوعُ عنهُ بالقول، وإن قلنا: لا يصح الرجوع إلا بإزالة الملكِ فأشار بإزالة الملكِ كانَ رجوعاً وإن لم يكن له إشارةٌ معقولةٌ ولا كتابة مفهومةٌ لم يصح رجوعهُ ولا يجوز أن يولىٰ عليهِ، فيبقى العبدُ مدبراً حتى يحصل لَهُ إشارةٌ مفهومةٌ فيرجعُ بها لأنه مكلفٌ رشيدٌ فلا يولى عليهِ.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٨/١٣٨).

كِتابُ مختصر المكاتب

قالَ الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ﴾ [النور: ٣٣]، الآية.

الكِتَابةُ لفظةٌ وضعت لعتق على مال منجم إلى أوقاتٍ معلومةٍ يحل كل نجم لوقته المعلوم، وإنما سُمِّيَت نجوماً لأن العَرَبَ كانوا أمّيينَ لا يحسبُونَ ولاَ يكتبونَ وكانوا يحفظونَ أوقات السَّنةِ وفُصولها التي ينتهونَ فيها ويرجعونَ إلى محاضرهم ويرسلونَ فيها الفحولَ وينتظرونَ النتاج بالأنواءِ في طلوع نجم وَسقوطِ رَقيبهِ وجميع ذلكَ ثمانيةٌ وعشرونَ نجماً كلما طلع منها طالعٌ سقطَ ساقطٌ، [٤٢/أ] وهي التي جعلت منازل القمر، قال الله تعالى: ﴿وَٱلۡقَمَرَ قَدَّرۡنَٰهُ مَنَازِلَ﴾ [يس: ٣٩]، وكانوا يقولون في الدية: تلزم الرجل نجوماً ليكون أرفق به، وكان الضامن للحق يقول: إذا طلع نجم الثريا أديت من حقك كذا وكذا، وإذا طلع الدبران وفيتك كذا وكذا، وإنما جعل مال الكتابة في الإسلام منجم لأن المكاتب لو جمع عليهِ نجوماً في أوقاتٍ شتى ليتيسّر عليه تعجيل شيء بعد شيء ويكون أسلم من الغررِ. وأصل الكتابةِ، ضَمّ شيء إلى شيء، يقال: كتبتُ النغلةَ إذا ضم ما بين شفري فرجها بحلقةٍ أو سيرٍ، وكتبتُ القربة إذا ضم فمها وأوكيء عليهِ، وسمى الكتيبة من الخيل لتتابعها واجتماعها، وسُمي الخط كتابةً لضم بعض الحروف إلى بعض فلما كانت الكتابة متضمنةً لنجم بعد نجم سميت كتابةً لكتبِ نجم إلى نجم، وقيل: سميت كتابةً للعرف الجاري بكتابتهِ في كتاب وثيقةٍ يوقع فيه الشهادة.

والأصل في الكتابةِ: الكتابُ والسنةُ والإجماعُ.

أمّا الكتابُ فقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ﴾ [النور: ٣٣]، الآية. قال ابن عمر وابن عباس: أرادَ بالخيرِ القدرة على الكسبِ والاحترافِ، وقالَ الحسَنُ وطاوسٌ والثوريُّ وقتادةُ: إنه الرشدُ والصَّلاحُ في الدين. وقال الشافعيُّ وأبو حنيفةَ ومالكٌ: إنه الكسبُ والأمانةُ ليكونَ بالكسبِ قادراً على الأداءِ وبالأمانةِ موثوقاً بوفائهِ، وبه قالَ عمرو بن دينارٍ ومجاهدٌ. وقالَ ابن عمرَ رضي الله عنهما: يكره أن يكاتب العبد [٤٢/ب] إذا لم يكن لَهُ حرفةٌ[(١)]، وقال مكحولٌ: أرادَ بهِ الكسبَ[(٢)]. وروي عن ابن عباسٍ رضي الله عنهما: أنه أرادَ أمانةً ووفاءً[(٣)]، وقال الكلبيُّ سببُ

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٠٥).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦١١)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٣٧).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٠٤).

نزول هذه الآية أن عبداً لحويطبٍ سأله أن يكاتبَهُ، فامتنع، فأنزل الله تعالى هذه الآية.

وأمّا السُّنَّةُ فما روى الشافعيُّ، قَالَ: أخبرنا سفيان قال: سمعتُ الزهريّ عن نبهان مولى أم سلمة زوج النبي ﷺ أنها كاتبتهُ، وإنها سألته كم بقي عليك من كتابتك فذكر شيئاً سَماهُ وأنه عنده فأمرته أن يعطيه أخاها أو ابن أختها وألقت الحجاب واستقرت منه، وقالت: عليكَ السلامُ وذكرت عن النبي ﷺ أنه قالَ[1]: «إذا كان لإحداكن مكاتبٌ وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب عنه» وروي أنها قالت له: كم بقي عليك، قالَ: قلت: ألف درهم قالت: فعندكَ ما تؤدي قلت: نعم، قالَ: ادفعها إلى فلانٍ ابن أختها ثم ألقت الحجابَ، وقالت: السلامُ عليكَ هذا أخرُ ما تراني. وذكرت الخبر. قالَ الشافعي: ولم أحفظ عن سفيان أن الزهري سمعَهُ من نبهان، ولست أراهُ يثبته أهل العلم، قال الشافعي: ويجوز أن يكونَ أمرها بالحجاب على ما عَظم الله تعالى أزواج النبي ﷺ أمهات المؤمنين وخصهن به وفرق بينهن وبين النساءِ إن لم يفتين، قالَ الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَن تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَن تَنكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِن بَعْدِهِ أَبَدًا﴾ [الأحزاب: ٥٣]، وقال تعالى [٤٣/أ]: ﴿وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾ [الأحزاب: ٦]، وقال تعالى في أزواج الرسول ﷺ: ﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِن وَرَاءِ حِجَابٍ﴾ [الأحزاب: ٥٣]، فجعل عليهن الحجاب من المؤمنين، وهن أمهات المؤمنين، ولم يجعل على امرأةٍ سواهن أن تحتجب ممن يحرّم عليهِ نكاحها، فكانَ قول الرسول ﷺ: إن كان قاله خاصةً أو يكون ذلكَ بمعنى الاحتياطِ كما يجوز أن يؤمرَ بالاحتجاب من المراهق لقرب البُلوغ ولأن احتجاب المرأةِ ممن لهُ أن يراها واسع لها، وقد أمر النبي ﷺ سودة أن تحتجب من رجلٍ قضى أنه أخوها وهي ترثُهُ ويرثُها للاحتياط فبان أن الاحتجابَ ممن له أن يراها مُباحٌ.

وجُملتهُ أن الشافعي رضي الله عنه ذهبَ أن المرأةَ ليس عليها أن تحتجب من مكاتبها وإن كانَ عِندَهُ وفاءٌ. وضعف حديث أم سلمة وتأوّلَهُ على تخصيص أزواج رسول الله ﷺ، أو الاحتياط في الاحتجاب المباح، وأيضاً ما روى سَهل بن حنيف رضي الله عنه أن النبي ﷺ قالَ: من أعانَ غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظلّه الله في ظلهِ يومَ لا ظلّ إلا ظلّه». وروي: «من أعانَ مجاهداً في سَبيلِ اللّهِ أو غارماً في عسرته أو مكاتباً في رقبتهِ»[2]، وروي عن سلمان الفَارسي قالَ: كاتبتُ أهلي على أن أغرسَ لَهُم خمس مائة فسيلةٍ فإذا علقت فأنا حرٌ، فأتيت النبي ﷺ، فذكرتُ ذلكَ له فقالَ: «اشترط لهم ذلكَ، فإذا أردت أن تغرس فآذني [٤٣/ب] فآذنتهُ» فجاء يغرس إلا واحدةً غرستُها بيدي فعلقن جميعاً إلا الواحدة[3]. وروي: يغرسُ الكل إلا نخلة واحدةً غَرسها عمر

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٢٨)، وابن ماجه (٢٥٢٠)، والحميدي (٢٨٩)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ٣٣١).

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٢١٧)، وفي «معرفة السنن» (٢١٦٢١).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٢٤)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٣٩).

رضي الله عنه، وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال سلمان: كاتبني صاحبيّ على ثلاثمائة نخلةٍ أحييها وأربعين أوقية. وأيضاً ما روى عمرو بن شعيبُ عن أبيهِ عن جدهِ أن النبي ﷺ قالَ: «أيّما مكاتبٍ كوتبَ على ألفِ أوقيةٍ فأداها إلا عشر أواق فهو عبدُ، وأيما مكاتب كوتبَ على مائة دينارٍ فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد»[(١)]. وروي أيضاً أن النبي ﷺ قالَ: «المكاتب عبد ما بقي عليهِ من مكاتبتهِ درهمٌ»[(٢)].

وأمّا الإجماعُ فلا خلافَ بين المسلمين فيه، وروي أن بريرة كوتبت على تسع أواقٍ تؤدي في كل عام أوقية، وعرف حالها رسول الله ﷺ[(٣)]. ورويَ عن ابن عمر رضي الله عنهما أنّهُ كاتَب عبداً له على خمسةٍ وثلاثين ألف درهم. وروي أن ابن سيرين سأل أنسَ بن مالكٍ رضي الله عنهُ أن يكاتبه، فأبى عليهَ فعلاهُ عمرُ رضي الله عنه بالدرة[(٤)] وقال: أما سمعت الله تعالى يقول: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، فكاتَبهُ وتركَ عليهِ من مالِ الكتابةِ خمسة آلاف درهم، وروى مسلم بن أبي مريم عن رجلٍ أنه قالَ: كنتُ مملوكاً لعثمان رضي الله عنه فبعثني في تجارة فقدمت عليه فأحمد ولايتي فقمتُ بين يديه ذاتَ يومٍ فقلت: يا أمير المؤمنين أسألك الكتابةَ فقطبَ فقال: نعم، ولولا آية كتاب الله تعالىً ما فعلت أكاتبكَ على مائة ألفٍ على أن تعدها [٤٤/أ] في عدتين واللّهِ لا أغضبك منها درهماً[(٥)].

فإذا تقرر هذا، فاعلم أن الكتابة مستحبةٌ إذا طلبَ العبد ذلكَ ولا تجبُ، وبه قال جمهور العلماءِ، وقال عمرو بن دينار وعطاءٌ والضحاكُ وداود: إذا دَعا السيد إلى الكتابةِ بقدر قيمته حرٌ يحبُّ أن يكاتبه، واحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وهذا أمرٌ والأمرُ على الوجوب. وأيضاً حديث عمر حين طلب سيرين الكتابة على ما ذكرنا، ودليلنا أنه عتق بعوضٍ، فلا يجب على السيد كالاستسعاءِ. وأمّا الآية، قلنا: هذا أمرُ إباحة ورخصة لأنه مبنيٌّ على محظورٍ، فإن بيع الرجل ماله بمالهِ محظورٌ وهذا كقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠]، وكقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُواْ﴾ [المائدة: ٢]، ونحو ذلك ونحمله على الندبِ بدليل ما ذكرنا، وأمّا خبرُ عمرَ رضي الله عنهُ، قلنا: خالفَهُ أنس بن مالكٍ والقياسُ مقدمٌ على قول الصحابي عند بعضهم.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٦٠)، وعبد الرزاق في «المصنف» (٢٩٦٦٥)، والبيهقي في «الكبرى» (٢١٦٦٢)، وفي «معرفة السنن» (٦٠٩٧).

(٢) أخرجه البغوي في «شرح السنة» (٩/ ٣٧٣)، وابن عدي في «الكامل» (٣/ ١١٠٢)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٣/ ١١١).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٢٢)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٣٩).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦١٥).

(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٢٣)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٣٩).

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «ولا يكونُ الابتغاءُ مِن الأطفالِ والمَجانينِ».

جملة هذا أن الكتابة لا تجوز إلا لبالغٍ عاقلٍ، ولا تجوز للمجنون وَلا للصبي مميزاً كان أو غير مميزٍ، وقالَ أبو حنيفة وأحمدُ: إنْ كانَ مميزاً تجوز كتابته كما يجوز بيعه بإذن وليه، قلنا: هو غير مكلفٍ، فلا تصح كتابته كالمجنونِ، ويفارق تدبير العبد المجنون، لأنهُ عتق بصفةٍ ينفرد به السيد لا يحتاج إلى قبول العبد بخلافِ الكتابة، فإذا ثبت هذا فالسيدُ إذا كاتب عبده المجنون، أو الصغير فليس بكتابة صحيحة ولا فاسِدةٍ [٤٤/ب] لأن العبدَ ليس من أهلِ الكتابةِ، ولا يصح منه القبول ولكن لو أدى المال عتقَ بوجود الصفةِ لأن الكتابة تشتمل في معارضةٍ وصفةٍ، وإذا عتق يكون كسبُه لسيدِهِ، ولا يكون بينهما تراجعٌ، ويفارق العبدَ البالغ إذا كاتبه سيده كتابة فاسدةٌ فأدىٰ وعتق ثبتَ بينهما التراجع، لأنه من أهل العقد والضمان، وهذا ليس من أهل العقد والضمان، فلم يثبت بينهما التراجعُ ويلزمه رَدُّ الثمن عليهِ، ولا يرجعُ بقيمةِ السلعةِ.

فَرْعٌ

إذا كاتب العبد على نفسهِ، وعن أولادهِ الصغار لا يجوز في أولادهِ، وفي المكاتب قولا تفريق الصفقة، وقال أبو حنيفة: يصح في حق الجميع، وإن كان الأب حراً فكاتب السيد أولاده وقبل الأبُ عنهم لا يجوز، ووافقنا به أبو حنيفةَ. وقال مالكٌ: يجوز.

فَرْعٌ آخرُ

لو كاتب عبده الصغير الذي لا يميز أو المجنون وقبل السيدُ عنه لا يجوز، وقال: أبو حنيفة: يجوز، واحتج الشافعيُّ بالآية، وقال: لا يكون الابتغاءُ إلا من البالغ والعاقل فلا يكون من الصبي والمجنون.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٢]: «وأظهرُ معاني الخبر بدلالةِ الكتابِ الاكتِسَاب مَع الأَمَانَة».

وجملة هذا أن الله تعالى ندب إلى كتابة العبدِ إذا كان فيه خيراً وقد مضى مَعنى الخير، والدليلُ على صحةِ ما ذكره الشافعي رضي الله عنه أن الله تعالى قال: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨]، وقال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا﴾ [البقرة: ١٨٠]، الآية. وأراد به المال والكسب، [٤٥/أ] وقال تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ﴾ [الزلزلة: ٧]، وأرادَ به الطاعة فحملناه عليهما بدلالة، وهي أن المقصود من الكتابة العتق، وإنما يحصل العتق بالأداءِ، والأداءُ إنما يحصل باجتماع الكسبِ والأمانة، فإن العبد يكتسبُ ويجمع المال ويؤديه بالأمانة، والديانة فيعتقُ، والشافعي ذكر هذا في «الأم»[٣] مشروحاً فقال: الخير كلمةٌ يعرف ما أريد بها

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٤).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٤).
(٣) انظر الأم (٧/ ٣٦٢).

بالمخاطبةِ بها، قالَ الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ خَيْرُ ٱلْبَرِيَّةِ﴾ [البينة: ٧]، فعلمنا أنهم خيرُ البريّة بالإيمان وعمل الصالحات لا بالمالِ، وقال تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾ [الحج: ٣٦]، فعقلنا أنه أراد إن ترك مالاً، فلما قالَ: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، كان أظهرَ مَعانيها بدلالة استدلالنا بها القوة على اكتساب المال والأمانة، لأنه قد يكون قوياً فيكتسبُ فلا يؤدي إذا لم يكن ذا أمانةٍ، وقد يكون ذا أمانةٍ، ولا يكون قوياً على الاكتسابِ فلا يؤدي، وقيل: الخير في كتاب الله تعالى على ثلاثةِ أوجهٍ، أحدها: المال، وهو ما ذكرنا، وقوله تعالى: ﴿إِنِّىٓ أَحْبَبْتُ حُبَّ ٱلْخَيْرِ عَن ذِكْرِ رَبِّى﴾ [ص: ٣٢]، أي أقمتُ وتحلفتُ عن الصَّلاةِ حُبّاً مني للخيرِ، وهو المالُ وذلكَ المالُ كان خيولاً عُرضت على سليمان صلوات الله عليهِ فاشتغل بها فنسي صَلاَةَ العصرِ، فلما تذكّر قضى صَلاته وسَبّل الخيلَ كلها في سبيل اللَّهِ كفارةً لذلكَ، والثاني: الطاعةُ على ما ذكرنا، والثالث: الاكتسابُ والقُوّةُ والأمانةُ، وهو في هذه، الآية.

واعلم أن الكتابة من خصائص الإسلام بخلاف التدبيرِ [٤٥/ب] لأن العرَبَ في الجاهليةِ كانت تعرف التدبير دون الكتابةِ، فإذا تقرر هذا، فاعلم أن العبد إذا جمع كسباً وأمانةً استحب كتابته، وإن فقد **أحدهما** لم يستحب كتابته، ولا يكره، نصَّ عليه في «الأم»، والعبد والأمةُ البالغةُ في هذا سواءٌ، وسواءٌ كانوا ذوي صنعةٍ أو لا، ومن أصحابنا من قال: إن كان له دين وأمانةٌ يستحبُّ كتابته أيضاً، وإن لم يكن له كسبٌ لأنه يدفع إليهِ من مالِ الصدقاتِ، فيؤدي ويعتق، ومن أصحابنا من قال: تستحب كتابة من له كسبٌ وإن لم يكن أميناً أيضاً ولكن يقدم في الاختيار مكاتبة الأمين غير المكتسب على مكاتبة المكتسب غير الأمين لأن صَاحب الأمانةِ معافٍ والأولُ أصح، لأن الله تعالى ندب إلى الكتابةِ بشرطِ أن يعلم فيه خيراً، وهو الأمانةُ والاكتسابُ على ما ذَكرنا، فلا يستحب إلا بوجودِ كلا الشرطين، وقال أحمد وإسحاق: إذا لم يكن كسبٌ يكره كتابته كالأمةِ إذا لم يكن لها كسبٌ يكره مخارجتها، ودليلنا: أنه تعليقُ عتقٍ بصفةٍ، فلا يكره كما لو كان له كسبٌ، ويخالفُ الأمة لأنها ربما تكسبُ بالفرج الحرام ولا تستفيد العتق وههنا يُعان بمالِ الصدقاتِ ويعتق فلا يكره، وقد قال الشافعي في «الأم»[1] ولا أكره لمالكٍ أن يكاتبَ مملوكه وإن كان غير قوي ولا أمين، ويأخذ من مكاتبه صدقات الناس فريضةً أو نافلةً ومن أين أدى المكاتب إلى سيده نجمه فحلالٌ له أن يقبله ويجبرُ على قبولهِ [٤٦/أ] إلا أن يعلمَ أنه من حَرامٍ، فلا يحل لَهُ قبول الحرامِ.

فَرْعٌ

قال في «الأم»[2]: وعلى الحاكمِ أن يمنع الرجل أن يخارج عبده وإن كان ذا صنعةٍ

(١) انظر الأم (٧/ ٣٦٢).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٦٢).

إذا كره ذلكَ ولكن يؤجره وينفق عليهِ إن شاءَ، ويمنعه الإمامُ أن يجعل على أمتهِ خراجاً إلا أن يكونَ في عملٍ واجبٍ، وكذلك العبدُ إذا لم يطق الكسبَ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان، أحدهما: لا يخارجه إلا برضاهُ وإن كانَ ذا صنعةٍ، والثاني: إذا كانَ مطيقاً للكسبِ وكانَ ذات صنعةٍ فلَهُ أن يُخارجَهُ وإن لم يرضَ، وقيل له ذلك قولاً واحداً، ذكره القاضي الطبريّ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «وما جازَ بينَ المسلمينَ في البيعِ والإجارةِ جازَ في الكتابةِ».

الفَصْلُ

أرادَ به أن كل ما جاز أن يكون عوضاً في البيع جاز أن يكونَ عوضاً في الكتابةِ وما لا يجوز أن يكون عوضاً كالخمرِ والخنزير لا يجوز أن يكونَ عوضاً في الكتابةِ، ولا يريد بهِ أن كل ما يجوز في عقدِ البيع يجوز في عقد الكتابةِ، وإن شرط خيار الثلاث يثبت في عقد البيع دون الكتابةِ وكذلك خيار المجلس وقد مضى شرحه، وقيل: قصد بهذا اللفظ الرّد على أبي حنيفة حيث قالَ: لو كاتبه على عبدٍ مطلقٍ غير موصوفٍ جاز كما قال في النكاح والخلع، ويدفع إليهِ عبداً سيداً بين الأبيض والأسود، وعندنا لا يجوز ذلكَ كما لا يجوز في البيع والإجارة، وقال أحمد مثل ما قالَ أبو حنيفة، ودليلُنا أن كل ما لا يجوز أن يكونَ عوضاً في البيع [٤٦/ب] والإجارة لا يجوز أن يكونَ عوضاً في الكتابةِ كالثوب المطلقِ.

مَسْأَلَةٌ: قال[2]: «ولَا يجوزُ على أقلَّ مِن نَجمينِ».

عندنا الكتابة الحالةُ باطلةٌ، ولا تجوز على أقل من نجمين، وبه قال أحمدُ، وقالَ أبو حنيفة ومالكٌ تجوز حالةً وعلى نجم واحدٍ، لأنهُ عقد على عينٍ فجاز على عوضٍ حالٍ كالبيع، ودليلُنا ما روى علي رضي الله عنه أنه قالَ: الكتابة على نجمين والإيتاءُ من الثاني. وهذا يقتضي أقل ما تجوز عليه الكتابة، لأنها تجوز في أكثر من نجمين. وروى ابن أبي هريرة: في تعليقه أن النبي ﷺ قال: «الكتابة على نجمين» وهذا نص إن صح وأيضاً فالصحابةُ رضي الله عنهم كاتبوا على نجوم مختلفةٍ على مَا ذكرنا، ولم يكاتب أحدٌ منهم على أقل من نجمين، فلو كان يجوز ذلك لأشبه أن يكونَ قد فعل ذلكَ كما فعل على نجمين وأكثر، وروي عن عثمانَ رضي الله عنه أنه قالَ لعبده: والله لا عاقبتك ولا كاتبتك إلا على نجمين، وقال الماسرجسي: رأيتُ أبا إسحاقَ المروزيّ في مجلس النظرِ نصرَ هذا الدليل نصرةً حسنةً، وقالَ: كانت الصحابة يتسارعون إلى القربة والطاعةِ خصوصاً إذا كان فيه تعجيلُ مالٍ حلالٍ فلو كانت الكتابةُ جائزة على لحم لفعلوا. وروي أن عثمان رضي الله عنه قال لعبده حين سأل الكتابة: أكاتبك على مائة ألفِ درهمٍ على أن تعدها في عدتين، والله لا أغصبك منها درهماً على ما ذكرنا، فقال

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٤).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٤).

العبد: فخرجتُ من عنده فتلقاني الزّبيرُ، [٤٧/أ] فقال: ما الذي أرى بك، فأخبرتهُ بالقصّةِ، فقالَ: ارجع، فدخلَ على عثمان، فقال: يا أمير المؤمنين قلت كذا، فقال: نعم، فغضب الزبير، وقال: كاتبه كما تقول، فكاتبني فانطلق بي الزبيرُ إلى أهله، فأعطاني مائة ألف درهم، وقال: انطلق فاطلب فيها من فضل الله تعالى، فأديتُ إلى عثمان مالهُ وإلى الزبير ماله، وفضلت في يدي ثمانون ألفاً وأيضاً فالكتابةُ إن كانت مشتقةً من الضم والجمع، فأقل ما يكون به الضم والجمع اثنان فيعتبر ضم نجم إلى نجم وإن كانت من كتابةِ الحظ، فأقل ما تتقيد بهِ الكتابة حرفان فيفتقرُ إلى نجمين فإن قيل: يتقيد الخط وهو «لا» قلنا: كلمةٌ لا حرفان وهو ألفٌ ولام والحرفان قد يتجانسان، كقوله ﷺ: «ما أنا من ددٍ ولا الددُ مني»، وأرادَ اللعب، وقيل: إنها إذا كانت حالة لم تكتب غالباً وقد رفع الله تعالى الجناح في ترك كتبتها، فقال: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَاۗ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والكتابة مشتقةٌ من الكتبة، وأمّا البيع فلأنه قادرٌ على ما يتوجه عليه بالمطالبة بتسليمه، وهَهنا عاجزٌ لأن العبدَ لا يملك شيئاً.

فَرْعٌ

لو كاتبه إلى أجل ساعتين بمالٍ عظيمٍ يجوز في ظاهر المذهب لأنه ربما يقدر على تسليمه بالاستقراضِ، وقيل: فيه وجهان.

فَرْعٌ آخرُ

لو كاتب من نصفه حرٌ ونصفه عبدٌ كتابة حالة لا نصَّ فيه، وظاهر المذهبِ أنه لا يجوز، والأقيس جوازه لأنّهُ يقدر على تسليم ما يتوجّهُ عليهِ المطالبةِ بأدائهِ في الحالِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ [٤٧/ب] لعبدِه بعتُ نفسكَ منكَ بألف درهم حالةٍ، قال ابن أبي هريرةَ: فيهِ وجهٌ محتملٌ أنه لا يجوز لأنه لا يقدر عليهِ، ونص الشافعيُّ رضي الله عنه في كتاب الإقرار على جوازه لأن العتق فيهِ يحصلُ قبل الأداءِ بخلافِ الكتابةِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): فلو كاتبَه عَلى مائةِ دينارٍ مَوصوفةِ الوزنِ والعينِ إلى عشرِ سنينٍ أَولُهَا كَذَا وَآخرهَا كذا يُؤدي فِي انقضاءِ كلِّ سنةٍ منهَا كذا فجائزٌ.

جملةُ هذا أن الكتابة لا تجوز حتى يكون الأجل معلوماً والعوضُ معلوماً، فالأجلُ أن يقول: كاتبتكَ على مائة دينارٍ إلى عشر سنين نصفها إلى خمسٍ والباقي إلى العشر، أو يقول: كاتبتكَ على مائة دينارٍ إلى عَشر سنين يحل في كل سنةٍ عشرها يعني عند انقضائها، ويجوز ذلك فإن أرادَ في خلالها لا يجوز للجهل، وقال في «الأم» لا بأسَ أن يجعل الدنانير في النجوم مختلفة إذا كان ما يحل منها في كل نجم معلوماً، فأما إذا

(١) انظر الأم (٥/٢٧٥).

قال: كاتبتكَ على مائة دينار إلى عشر سنينَ لا يصح لمعنى واحدٍ وهي أنها كتابَةٌ إلى أجل واحدٍ ولا فرقَ بين أن يقول: يؤديها في عشر سنين أم لا بمضي عشر سنين حتى يؤدي بعضها عند انقضاءِ خمس سنين وبعضها عند تمام السنين لم يجز لأن البعضَ مجهولٌ، وأمّا العوضُ فيحتاج أن يكون مَعلوماً، فإن كاتبه على عوضٍ ينبغي أن يضبطه بالصفاتِ التي يضبط بها المسلم فيه وإن كاتبه على دراهم أو دنانير، فإن ضبط النوعِ والجنس جاز، وإن أطلقَ وللبلد نقد واحد جاز وانصرف إليه، وإن كان نقوداً مختلفةً [٤٨/أ] لم يجز حتى يعين ويضبطه ولا يجوز أن يقول: كاتبتكَ على مائة دينارٍ أو ألف درهم لأنه لا يدري على أي شيء عقد الكتابة. وجملةُ هذا أن كل عوضٍ وأجل يثبت في السلم يثبت في الكتابةِ، وما لا يثبت من العوض والأجل فيه لا يثبت في الكتابةِ.

فَرْعٌ

لو كاتبه على مالٍ إلى عشر سنين على أن يؤدي أول كل سنةٍ كذا لم يجز لأنهُ يصير الأول منها حالاً.

فرع آخر

لو جعله في وسط السنة: فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن وسط السنة ما بين طرفيها فصار مجهولاً.

والثاني: يجوز ويكون المحل في نصف كل سنةٍ لأن الوسط على التحقيق موضوع لاستواءِ الطرفين.

فَرْعٌ آخرُ

لو كاتبه على نجمين إلى سنتين على أن يكونَ النجم الأول في آخر السنة الأولى، والثاني: في أول السنةِ الثانية فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنها بالاتصال صارت نجماً واحداً، والثاني: يجوز لاستحقاق كل واحدٍ منهما في غير زمان الأولِ لأن الأول يستحق في آخر أجزاءِ السنةِ الأولى، **والثاني**: يستحق في أول جزء السنة الثانية، فصارَا مختلفين وإن اتصلا.

فَرْعٌ آخرُ

لو لم يقل قدر ما يستحقُه كل نجم وأطلق فيه وجهان: **أحدهما**: الكتابَةُ باطلةٌ للجهل بقدر الاستحقاق، **والثاني**: الكتابَةُ جائزة ويكون المالُ مقسوماً على أعداد النجوم لأن الإطلاق يوجبُ التسوية، فإن كانت النجومُ خمسةً استحق في كل نجم خمس المال.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(١)]: ولا يعتقُ [٤٨/ب] حتى يقولَ في الكتابةِ، فإذا أديتَ هذا فأنت حرٌ.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن الكتابة تشتملُ على معاوضةٍ، وصفة المعاوضةُ قولهُ: كاتبتكِ على كذا وكذا، والصفة قوله، فإذا أديت إلى ذلك فأنت حرٌ، فإن ذكرهما جميعاً فهو النهاية، وإن ذكر المعاوضة ونوى الصفة بقلبه جاز. قال الشافعي رضي الله عنه: يقولُ فإذا أديت هذا فأنت حرٌ، أو يقول بعدَ ذلكَ، قولي: كاتبتكَ كانَ معقوداً على أنك إذا أديت فأنتَ حرٌ كما لا يكون الطلاقُ إلا بتصريح أو ما يشبههُ معَ النيةِ، فإن لم يذكره ولم ينوه لا يصحُّ، وقد ذكرنا حكم قوله: دبرتك وكاتبتكَ هل هما صريحان أم كنايةٌ؟ وقال أبو إسحاق قولهُ: دبرتكَ جعله الشافعي صريحاً في العتق من العالم ولو كان من المجاهل كان كناية، وقوله: كاتبتكَ جعله كنايةً من الجاهل، ولو كانَ من عالم كان صريحاً فجعلهما صريحين من العَالم كنايتين من الجاهل وهذا فاسد لأن صريح الطلاق وكنايتهُ سواءٌ في حق العالم والجاهل كذلكَ هذا، وقال أبو حنيفة وأحمد قوله: كاتبتك صريحٌ في عقد الكتابةِ، ولا يحتاج إلى التقييدِ ولا إلى النيةِ وهذا لا يصح لما ذكرنا، وقال القفالُ: قال بعض أصحابنا: إذا ذكر ما تتميز به الكناية عن المخارجة كفاهُ مثل أن يقول: أعاملكَ وتعاملني أو أضمن لكَ أرش الجنايةِ أو تستحق عليَّ الإيتاء من الذي يؤدي وعن سهم الرقاب.

مَسْأَلَةٌ: قَالَ(١): وَلَا يجوزُ على العوضِ حتى يكون موصوفاً كالسلم.

وقد ذكرنا [٤٩/أ] ذلكَ، واعلم أن ههنا إشكالاً وذلكَ أن مشايخنا قالوا: المعقود عليهِ في الكتابةِ رقبة المكاتب وعند أبي حنيفة الاكتساب، فإذا كاتبه على العوض فوجوب العوض على معنى السلم إذ لا يتصور في الذمةِ عوض من غير ذوات الأمثال إلا في السلم وفي السلم يعتبر رأس المال في المجلس والرقبةُ ما صارت مسلمة إليه في المجلس لأن تسليم الرقبة بالعتق، فبان أن الكتابةَ تنعقد على الإكساب، قلنا: هذا السؤال يتوجّهُ على المذهبين لأن الإكساب ما صارت مسلمةً في المجلس إذ المنافعُ غير مخلوقةٍ، فإن قيل: التخلية الموجودة في الحالِ جُعلت كالمنافِع المستقبلة في حكم الموجودةِ المسلمة للضرورة التي بنيت عَليها عقود المنافع، قلنا: ولمثل هذه الضرورة جعلت الحيلولة بين الرقبة في البيع والرهنِ وسائر التصرفات كالتسليم، ولهذه الضرورة باينت الكتابة سَائرها حتى جاز للرجل أن يعامل نفسه بملك نفسهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «ولَا بأسَ أَنْ يكاتبَهُ على خدمةِ شهرٍ ودينارٍ بعدَ الشهرِ».

الفَصلُ

صورة المسألة أن يكاتب عبداً على أن يخدمه شهراً ويؤدي ديناراً بعد الشهرِ وأراد الشافعي أن تكون خدمة الشهرِ متصلةً بعقد الكتابةِ فإن شرط تأخيرها لا يجوز، وإذا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

شرط اتصالها فقد عقدت الكتابة على نجمين مختلفين المنفعة والدينار، ولا بد أن يكون كل واحدٍ منهما معلوماً، فالمنفعة تعلم بأن يقول: تخدمني شهراً، أو تخيط أو تبني والدينار يعلم بما ذكرنا، وأطلق الشافعي أنه إذا كان [٤٩/ب] عَلى هذا الوجهِ فلا بأس، واختلفَ أصحابنا في هذا، فقالَ أبو إسحاق: إنّما يصحُّ إذا جعل بينَ وقت أداءِ الدينار وانقضاءِ الشهر مُدّة، فيقول: تؤديه بَعد الشهرِ بيومين أو ثلاثةً، فأمّا إن شرط الأداءَ عقيب الشهر فلا يجوز لأن استيفاء المنفعة يتصل بالعقد والدينار يتصل استيفاؤهُ باستيفاءِ المنافع فيصير ذلكَ في معنى النجم الواحد، فلا يجوز كما لو كاتبه على خدمةِ شهرٍ ودينارٍ يؤديه إليه في أثناء الشهرِ لا يجوز، وهذا اختيارُ القاضي أبي حامدٍ، ومن أصحابنا من قال: المسألةُ على ظاهرها ولا يحتاجُ أن يجعل بين الشهرَ والدينار مدةً لأنه يعتبر أن يختلف استحقاق النجمين واستحقاقهما مختلفٌ لأن المنافع تستحق عقيب الكتابة والدينار يستحق بعد انقضاء الشهرِ، وإنما استيفائهما يتصل، وهذا غير ممتنع. ألا ترى أنهُ لو كاتبَهُ على دينارين: دينار بعد شهرٍ ودينار بعد شهرين فأخّر المطالبة بالدينار الأولِ حين حل الدينار **والثاني**: يستوفي الديناران بمرّة واحدةٍ، ولا يؤثّر ذلكَ لأن وقت استحقاقهما مختلف، وهذا القائل يلتزمُ ما استشهد به أبو إسحاقَ، فقالَ: إذا قالَ: كاتبتك على خدمة شهرٍ ودينارٍ تؤديه في أثناء الشهر جاز أيضاً للمعنى الذي ذكرنا وَهو أن وقتَ استحقاق النجمين مختلفٌ، وهذا اختيارُ أبي حامدٍ وهو الأصحُّ لأنّ الشافعي نصَّ في «الأم»[1] على هذا، فقال: إذا كاتبه على منفعةِ شهرٍ لم يجز حتى يشترط أن يؤدي مالاً، إما معها أو بعدها وهذا اختيارُ [٥٠/أ] ابن أبي هريرةَ، والقفّالِ أيضاً، وقالَ القاضي أبي حامدٍ قوله: معها نقلهُ الربيع، وهذا خَطأ منه، فإن قيل: الخدمة نجم حالٌ، وذلكَ لا يجوز على مذهب الشافعي حتى لو كاتبه على دينارين: دينار عقيب العقدِ، ودينار بعد شهرٍ لم يجز، قيل: نحن إنما منعنا الكتابة الحالة للعجز عن التسليم عقيب العقدِ، وإذا شرطنا التنجيم ولا بد منه، وإذا شرط عقيب العقد ديناراً فهو عاجزٌ عقيب العقد عنه، وإذا شرط خدمة شهرٍ، فهو قادرٌ على الخدمة والاعتبار بالمعنى لا باللقب والحلولُ لقبٌ، وقالَ أبو إسحاق وغيره هذا نجم مؤجل في الحقيقة لأن الخدمة تتعلق بمضي المدة، وإنما نقولُ: المنفعة في الإجارة مقبوضةٌ حكماً على معنى أن للمستأجر التصرّف فيها، والعقد عليها، ولم يحصل فيها حقيقة القبض، ألا ترى أنه لو تلفت انفسخ العقد فيما بقي.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»[2]: ولو كاتبه على خدمة شهرٍ ودينار بعد الشهرِ فمرض في أثناء الشهرِ مدةً بطلت الكتابة، قال أصحابُنا: هذا مبني على مسألة في البيع وهي أن من باع

(١) انظر الأم (٧/ ٣٦٣).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٦٢).

شيئين فتلف **أحدهما** قبل القبض، فالعقد باطلٌ في التالِف، وَهل يتعدى إلى الباقي طريقان، والشافعي رضي الله عنه نص ههنا أنه يتعدى، وقال القاضي الطبري: ههنا قولٌ واحد على ما نصَّ عليه لأن عقد الكتابة لا يقع على بعضِ العبد فإذا انفسخ في بعضهِ انفسخ في كلهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: وليسَ لهُ أن يعطيه أحد الخدمة مكانه، ولا عليهِ إن أرادَ السيدُ ذلكَ [٥٠/ب] كما لو استأجر حُراً على أن يخدمه فمرض في الشهرِ لم يكن عليه ولا لَهُ أن يخدمَهُ غيره وانقضت الإجارة، وقال مالك: لا تجوز الكتابةُ على الخدمةِ أصلاً.

مَسْألَةٌ: قالَ[١]: وإن كاتبَهُ [على أن يخدمه] بعدَ شهرٍ لم يجزْ لأنَّهُ قدْ يحدثُ مَا يمنعُهُ العملَ بعدَ الشهرِ وليسَ بمضمونٍ يُكَلَّفُ أنْ يأتيَ بمثلهِ.

قد ذكرنا هذه المسألة ومعنى هذا الكلام أن الإجارة على العين تجري مجرى بيوع الأعيان ولا يجوز بيع عينٍ وتسليمها مؤخّر ولذلكَ قلنا: إذا أكرىٰ داره في رمضان لشوالٍ لا يجوز.

مسألة: قال في «الأم»[٢]: لو كاتبه على أن يخدمهُ شهراً حين كاتب وشهراً بعدَ ذلكَ لم يجز لأنه ضرب للخدمة أجلاً لا يكون على المكاتب فيه خدمتهُ.

فَرْعٌ آخرُ

قال: ولو كاتبه على أن يخدمه شهراً حين يكاتبه ثم يوفيه لبناً أو حجارة أو طيناً معلوماً بعد شهرٍ جاز وهذا أجلُ للمالِ، ولو قال: على أن يخدمني شهراً وخياطةِ كذا وكذا عقيب الشهرِ جاز لأنه بمنزلة قوله: «كاتبتكَ على خدمةِ شهرٍ ودينار بعدَهُ».

فَرْعٌ آخرُ

قال: ولو كاتَب على أن يضمن له بناءَ دارٍ وصفها وسمى معه ديناراً يُعطيهِ إياهُ قبلهُ أو بعدَهُ كانَ جائزاً لأن هذا عمل يكلف فعله كما يكلف المال ومعهُ نجم غيره، وكذلكَ إن كاتبه على ضمانِ بناءِ دارين، إحداهما في وقت كذا والأخرى في وقت كذا، كانت هذه كتابة جائزة وليس هذا كالعمل بيده إلى أجل معلوم لأنه إذا كاتب أو استأجر حراً على أن يعمل [٥١/أ] بيده لم يكلّف أن يأتي بغيره يعملَ له، وإذا ضَمِن عملاً كلفَ أن يوفيه إياهُ بنفسهِ أو غيره.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٣]: «وإنْ كاتبَهُ على إنْ باعَهُ شيئاً لَم يجزْ».

عَلل الشافعي في هذه المسألة، فقال: لأن البيع يلزمُ بكل حالٍ، والكتابة لا تلزمْ متى شاءَ تركَها.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٦٣).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

فإن قيل: هذا التعليل كيف يستقيمُ؟ ولا فرق في فساد مثل هذه الصفقة بين عقدين كلاهما لازمٌ كالبيع والإجارة وبين عقدين، أحدهما: لازمٌ، والثاني: غير لازم، قلنا: هذا التعليلُ دليل على أن مُراد الشافعي بتصوير المسألةِ أن لا يجعل أحد العقدين شرطاً في الثاني كما توهمناهُ وعللنا له، ولكن صورة مسألته أن يقول: كاتبتكَ وبعتُ منكَ هذا الثوب بألفِ درهم فجعل الألفَ ثمنَ الثوب ومال الكتابةِ، وذكر الأجل والنجوم فإذا تصور العقد بهذه الصورة ففيه قولان، أحدهما: وبه أجاب ههنا أنهما باطلان للعلةِ التي ذكرناها وهي أنهما عقدان مختلفان جمعهما في صفقةٍ واحدةٍ لأن البيع يلزم بكل حالٍ، والكتابة لا تلزم متى شاءَ تركها، والثاني: أن العقدين صحيحان ومن أصحابنا من قال: البيع باطلٌ قولاً واحداً وفي الكتابة قولان، لأن أحد شطري البيع لاقى عبده القن ولا يصح مبايعة السيد عبده، ويمكن أن يجاب عنه بأن البيع يقع مع الكتابة فلا يؤدي إلى أن يبيع من عبده القن، وإنما يقع البيع من مكاتبه، فأمّا إذا تصورت المسألة إذا قال: [٥١/ب] كاتبتك على أن تشتري مني هذا العبد بكذا، فالكتابة باطلةٌ قولاً واحداً، وَهي باب البيعتين في بيعةٍ واحدةٍ فلو أدى النجومَ ههنا عتق وتراجعا بالقيمة سواءٌ باعهُ ذلكَ الشيء أو لم يبعه لأنه لم يجعل البيع صفةً في العتاق يقفُ العتاقُ على وجودها، وإنما الصفة أداءُ النجوم، وهَذا شَرط زائدٌ فاسد، وقال القاضي الطبريُّ في الصورةَ الأولى لا يختلفُ المذهبُ أن البيعَ باطل لما ذكرنا من العلة. وأمّا الكتابة قال أبو إسحاق: يبطل أيضاً لوجهين، أحدهما: ما ذكرنا أنه جمع بين عقدين مختلفين الحكم، والثاني: أنه جمع بين الصحيح والفاسد بثمنٍ واحدٍ ونصَّ الشافعي في «الأم» على فساد الكتابة، ونقله المزنيُّ، وذكر في «الإفصاح» في المسألة وجهين، أحدهما: يبطلان، والثاني: يصحان، وهو خطأٌ لا شكّ فيه لأن البيع لا يصحُّ قولاً واحداً، وإذا صححنا الكتابة وحدها، فهي بجميع العوضِ فعليه أداءُ جميع النجوم، والثاني: بحصته فتوزع النجوم على قيمته وقيمة الثوب، ولا فائدة في إثبات الخيار لمكان هذا التفريق لأن المكاتب أبداً بالخيار، وإذا قلنا: الكتابة فاسدة فعليهِ إذا جمع النجوم لتحصل الصفة فيعتق به، ثم يتراجعان بالقيمة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: ويحتمل قولاً آخرَ أنه إذا أدى ما يخص قيمتَهُ من النجوم عتق وتراجعا بالقيمةِ الكاملةِ، ولو أفرد الكتابة بالعوضِ عن البيع فسد البيع وصحت الكتابة، ولو كاتبه كتابةً صحيحةً ثم اشترى السيدُ من مكاتبه، أو المكاتب من سيده كان جائزاً [٥٢/أ] لأن السيّد حينئذٍ ممنوع من مال مُكاتبهِ نَصَّ عليه في «الأم».

فَرْعٌ

قال ابن سريج على دينارين: دينار يؤديه بعد شهرٍ، ودينار يؤديه بعدَ شهرين على أنه إذا أدى الدينار الأول عتقَ وأدى الدينار الآخر وهو حرٌ كانَ فيه قولان، قال بعض أصحابنا: بنى هذه المسألة على الأصل الذي ذكرناهُ وهو أن الصفقة اشتملت على كتابةٍ وعتق بصفةٍ يقع قبل الأداءِ وهما مختلفا الأحكام فإن الكتابة من شأنها أن لا يقع العتق

فيها قبلَ الأداءِ والعتق على صفةٍ، وعلى مالٍ من شأنهِ أن يقع ثم يتبعُه الأداءُ فهما عقدان مختلفان فيهما قولان، قال: وليس يمتنع أن يسبق العتق الأداءَ في الكتابةِ، فإن الشافعي قالَ: إذا كاتب عبده على نجمين فأدى **أحدهما** ثم عجز عن الآخر أو لم يعجز، فقال السيدُ: أعتقني وأنا أؤدي إليك النجم الآخر، كان جائزاً ويقع العتقُ ويكون المال ثابتاً يؤديه في نجومهِ، ومن أصحابنا من قالَ: هما قولان مختصان بهما، أحدهما: يفسد العقدَ لأنه شرط فيهِ ما يُنافيهِ لأن مقتضى الكتابة أن يعتق بعد أداءِ جميع النجوم فقد شرط خلافه، والثاني: يصح العقد لأنه لو كاتبه مطلقاً فأدى بعض المال فأعتقه على أن يؤدي الباقي بعد عقته جاز على ما ذكرنا فإذا شرط في الابتداءِ وجبَ أن يصح.

فَرْعٌ آخرُ

لو كاتب عبده على مالِ الغير لم تجز الكتابةُ سواء كان المال في يد العبدِ لذلكَ الإنسان أو في يد المالك، وقالَ أبو حنيفة: يصح على الدراهم [٥٢/ب] والدنانير لأنهما لا يتعينان، فالقصد من الإشارة إليهما المقدار وفي العروض اختلفوا إذا أذن له ربُّ العرضِ في أن يكاتب عليه فمنهم من قالَ: لا يجوز ومنهم من قالَ: يجوز، وملكَ السيد ذلكَ العوض، وعندنا حصلت الكتابة فاسدة، ولكنه إذا أذن له ربُّ المالِ بإعطائه سيده فأعطاهُ وقع العتق ثم يترادان، القيمة لفسادِ الكتابة وإن أدى بغير إذن المالك لا يحصل العتق بدفع المستحق بخلافِ ما لو قالَ: إن أديت إلى هذا فأنتَ حرٌّ، فإذا أدى عتق وإن كان مستحقاً لأنه محض الصفةِ وهذه كتابةٌ فتقتضي التمليكَ، وإذا وجد إذن المالك، فقد وجد مقتضى التمليك غير أن الرّد وأخذ القيمة إنما لزمَ لفساد الكتابة.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولو كاتبه على مَائة دِينَارٍ يؤديها إليه في عشر سنين كان النجم مجهولاً لا يدري في أولها أو آخرها» وقد ذكرنا هذه المسألة، قال المزني: «وكذلك لو قال تؤدى إليه في كل سنة عشرةً مجهولٌ أيضاً لأنه لا يدري في أول كل سنةٍ أو في آخرها حتى يقول في انقضاء كل سنةٍ عشرة».

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «ولو كاتبَ ثلاثة كتابةً واحدةً».

الفَصْلُ

إذا كاتب الرجل ثلاثة أعبد أو أربعةً على عوضٍ واحدٍ صفقة واحدةً نص الشافعيُّ رضي الله عنهُ أنه يجوز فمن أصحابنا من قالَ: هوَ على قولٍ واحدٍ لأن البائع والمشتري في الحقيقة هو السيد وهو واحد فصار كما لو باع عبداً من رجل بثمن واحدٍ ومن أصحابنا من قالَ فيه، قولان: كما لو تزوّج أربع نسوةٍ في عقدٍ واحدٍ بمهرٍ واحدٍ هل يجوز المهر فيه؟ قولان: وقد مضى شرح ذلكَ فيما تقدم، وقال أبو إسحاق: لو اشترى ثلاثة أنفس ثلاثةً أعبد من مالكٍ كل واحدٍ منهم عبداً كاملاً بثمن واحدٍ لم يصح قولاً

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

واحداً حتى يكون ثمن كل واحدٍ من العبيد مَعلوماً [٥٣/أ].

ويُفارقُ هذا عقدَ الكتابةِ على ثلاثة أعبدٍ فإنهُ يصحُّ في أحد القولين. والفرقُ أن المقصود من الكتابةِ القربةُ فخف حكمها والمقصود من البيع المعاينة فيغلظ حكمه ولهذا ينفذ العتقَ في الكتابة الفاسدة، ولا يحصل المقصود في البيع الفاسدِ وأيضاً الثمن مقصودٌ في البيع وليس بمقصودٍ في الكتابة فافترقا وهكذا قال ابن أبي هريرة والاصطخري والقاضي الطبريُّ. وقال ابن سريج فيهما، قولان. قال أبو حامدٍ والمذهب هذا، لأن الشافعي نص في الكتابةِ على قولين وهي مثل البيع سواءٌ في باب العوضِ صحةً وفساداً.

فإذا تقرر هذا فإذا قلنا: تصح الكتابةُ، وبه قال مالكٌ، وأبو حنيفة، قال الشافعي(١): المائة مقسومةٌ على قيمهم لا على رؤوسهم لأن المعقود عليهِ رقابهم وقيمها مختلفة فهي بمنزلةِ أعيان السلع في البيوع يوزعُ الثمن على قيمها وتعتبر قيمتهم يومَ عقد الكتابةِ لأنه وقت زوال سُلطان السيّد عنهم.

وأيّهم أدى حصّتهُ عتق وأيّهم عجز رق وهذا كما يقول لكل واحدٍ من النساءِ أن يُطالبَ الزوج بما يصيبها من المستحق دون ما يصيبُ صواحبها إذا جمع بينهن بنكاح واحدٍ على صداقٍ واحدٍ، ولذلكَ إذا باع عبدين فمات **أحدهما** قبل التسليم يجب للبائع مُطالبةُ المشتري بثمن العبدِ الذي سَلمهُ إليهِ فثبتَ أنه لا يتعلق أداءُ واحدٍ منهم بأداءِ صَاحبه ولا عجزه بعجزه فإن قيل: الكتابةُ [٥٣/ب] عند الشافعي عتقٌ بصفةٍ والمكاتب يعتقُ بقولهِ: فإذا أديت إلي كذا فأنت حرٌ، فإذا قال لهم السيدُ: إذا أديتم إليّ كذا في نجمين فأنتم أحرار فأدى واحدٌ منهم بعضه وجبَ أن لا يعتق لأن الصفة لم توجد، قلنا: هذا فيما إذا كانَ عتقاً بصفةٍ فأمّا إذا كان معاوضةً وهو الكتابةُ فحكمه حكم المعاوضات وإن كانَ فيهِ عتق بصفةٍ، ألا ترى أنه لو كاتبه ثم أبرأهُ من مال الكتابة عتق! ولو مات السيدّ فأداهُ إلى وارثهِ عتق ولم توجد الصفةُ في هذين الموضعين فدل على ما قلناهُ، وقال بعض السلف يتوقفُ عتق أولهم على آخرهم. وحكي عن أبي حنيفة أنه قالَ: لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي كل المالِ فيصير بعضهم ضامناً عن بعض من غير ضمانٍ ولأحدهم أن يؤدي جميع النجوم بل عليهِ ذلكَ، إذا طالبهُ السيدُ بالجميع ليعتق هو وأصحابه ثم يرجع على أصحابهِ بحصتهم وبه قالَ مالكٌ، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولٌ آخرٌ يوزع عليهم النجومُ بالسويّةِ على عدد الرؤوس، وهذا غريبٌ، قال الشافعي(٢) وإن مات أحدهم قبل أن يؤدي مات رقيقاً كان له ولدٌ أو لم يكن وقصد به الرّد على مالكٍ حيث قال: يقوم ولدهُ مقامُه في الأداءِ وعند أبي حنيفة لا تبطل الكتابةُ بالموت إذا كان له وفاء سواءٌ كانَ هناكَ ولد أم لا، وهذا لا يصحُّ لأن العقد معَ الوالدِ لا مع الولدِ وقد مات مقصود الصدقة بموتهِ، وهو العتق وإذا قلنا: الكتابة فاسدةٌ

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٧٣).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٧٧).

فقد بطل حكم المعاوضةِ وبقي حكم الصفةِ، [٥٤/أ] فإن الكتابةَ مشتملةٌ على معاوضةٍ وصفةٍ، فإذا بطل **أحدهما** بقي الآخر وللسيد إبطالُ الصفةِ هناكَ والرجوع فيها لأنّهُ التزمها على أن يحصل له العوض الذي سماهُ، فإذا لم يسلم له ذلكِ كانَ له الرجوع.

ثم ينظر فإن رجع فيها وأبطلها بطلت وإن لم يرجع حتى أدى المال عتقوا لوجود الصفةِ، ويستحق السيد عليهم قيمتهم لأنه أزال ملكه بشرطِ أن يحصل له العوض، فإذا لم يحصل استحق استرجاع الرقبة فإذا تعذّر استرجاعها لتلفها استحق السيد قيمتها كما لو باعَهُ شيئاً بيعاً فاسداً وسلمَهُ وتلفَ عند المشتري يجب عليه قيمته ويحتسبُ له بما أدى ويتراجعان.

الفَصْلُ

وإذا أدى واحدٌ من العبيد حصتَهُ فظاهرُ كلام الشافعي ههنا ونص عليهِ في الإملاءِ أنه يَعتق لأن الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابةِ الصحيحةِ، والصحيحةُ لو أدى أحدهم نصيبَهُ عتقَ، ومن أصحابنا من قال: لا يعتق لأن المعاوضة بطلت لفسادها وتجردت الصفة فلا يعتق حتى توجد كمال الصفةِ وهذا اختيارُ القفال، فإن قلنا: بالأول حصل التراجعُ بينه وبين سيده بما أدى من النجوم وبجميع قيمته وبقي الآخر على كتابته الفاسدة بحصته من النجم إلا أن يفسخ السيد كتابته، فتنفسخ.

وإن أدى الوارثُ بعد موت السيدِ أو أبرأه السيدُ، أو أدى الغير عنهُ متبرعاً [٥٤/ب] أو أدى غير جنس نجم الكتابةِ لا يعتق لأنه لم توجد الصفةِ إذا كانت الكتابة فاسدةٌ، وقال أبو حنيفة: يعتق بكل ذلك كما في الكتابةِ الصحيحةِ، فإن قيل: العتق المطلق بصفةٍ لا يمكن إبطاله بقوله: أبطلت فلم قلتم ههنا إذا أبطلها السيد بطلت، قلنا لأن هذه ليست بصفةٍ مجردةٍ بل بناها على المعاوضةِ، فإذا لم يسلم العوض لم يلزمه حكم الصفةِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولو أدّوا فقالَ: مَن قَلَّتْ قيمتُهُ أدينا عَلى العَددِ».

الفَصْلُ

معنى هذه المسألةِ أنه كاتبهم على مائة دينارٍ، وقلنا: يصح وكانت قيمة أحدهم خمسينَ وقيمة الآخر ثلاثينَ، وقيمة الآخر عشرين، فأحضروا ستين دينارً ووزنوها، فقال من قيمتَهُ عشرونَ أنا عتقتُ لأني قد أديت عشرين وهي حصتي لأن الستين التي أدينا هي بيننا أثلاثاً، وقال الآخران: إنما أدينا على قيمنا فلم يعتق واحدٌ منا، قال الشافعي، فالقول قولُ من قال: أدينا بالسوية لأن الظاهر أنه في أيديهم أثلاثاً حتى وزنوه وسلّموه، فإن قيل: إذاكانَ المال الذي حملوهُ سبعين ديناراً يجب أن لا يقبلوا قول من قلت قيمته أنه على عَدد الرؤوس لأنه حصته أكثر مما عليهِ، قلنا: قال أبو

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

إسحاق: يجوز أن يكون حمله ليؤدي الزيادة على أصحابه، وقال الماسرجسي يجوز أن يكونَ حملَ أكثر مما عليهِ حتى إن زيف شيء منها بدلَهُ، [٥٥/أ] ولا ينصرفُ إلاّ حراً. ومن أصحابنا من قالَ: صورة المسألة أنهُ كاتبهم على مائةٍ وقيمة أحدهم مائةٌ وقيمة كل واحدٍ من الآخرين خمسونَ فأدّوا مائة، ثم اختلفوا، فقالَ من كثرت قيمتُهُ أديناها على قدر ما علينا فأديت أنا النصف وأنتما النصف فعتقنا، وقال: من قلّت قيمته بل أديناها أثلاثاً فأدّيناها بأكثر مما علينا لنرجع بها عليكَ أو وديعة عند سَيدنا، قالَ الشافعيُ: ههنا القول قول من قلّت قيمته، وقال في موضع آخرَ القولُ من كثرت قيمتهُ، واختلفَ أصحابنا فيه على طريقين، أحدهما: المسألةُ على قولين: أحدهما: القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهرَ معهُ لأن من عليهِ قدر من المال لا يؤدي إلى سيده أكثر منهُ فرجحت بذلكَ دعواهُ، والثاني: القولُ قولُ من قلّت قيمته لأن يد كل واحدٍ منهم على ثلثه فكان القول قوله فيه.

قال أبو إسحاق: وهذا كما أن ثلاثةً اشتروا من رجلٍ عبداً بمائة دينارٍ، اشترى **أحدهما** نصفهُ والآخران نصفَهُ وسلموا إليهِ مَائةَ دينار، وقالوا: هذه وديعةً عندكَ لتدفع إليكَ الثمن منها، ثم اختلفوا فقالَ: من قال ما عليهِ هي بيننا أثلاثاً كان القول قوله. وقال الشيخ أبو حامدٍ: هذا ضعيف لأن هذه وديعة وههنا دفعوهُ بما عليهم. قال: وأمّا ما احتجّ بهِ القائل الأول، فلا يصحُّ لأن اليدَ أقوى من هذا الظاهر، ألا ترى أنه لو اختلفَ العطارُ والدباغُ في آلة العطرِ وهي في يد الدباغ كان القولُ قولهُ [٥٥/ب].

والطريقُ الثَّاني: المسألتان على اختلافِ حالين، فالموضع الذي قالَ القولُ قولُ من قلّت قيمتُه إذا كانَ المدفوع دونَ ما عليهم يشتركونَ في أدائه لأن الشافعي فرضها في «الأم»[1] إذا أدّوا ستين ديناراً.

والموضع الذي قال القول قولُ من كثرت قيمته أرادَ إذا كان المدفوع جميع مَا عليهم لأن الظاهر أنهم أدوا ما عليهم، قالَ أبو حامدٍ: هذا تخريجٌ مليحٌ إلا أنه مخالفٌ لنص الشافعي لأنه نص على أن القول قول من قلّت قيمته إذا أدوا مائة دينار أو ستين، قال أصحابنا: وهكذا الحكم في كل شريكين اشتريا جميعاً وثبتَ الثمنَ عليهما على الاختلافِ فأدّيا ما عليهما، ثم اختلفا، فقالَ أحدُهما: أدينا على التفاضلِ، وقال الآخر: أدينا على العدَدِ، وقال بعضُ أصحابنا بخراسان: إن كانَ الاختلاف في نجم سوى النجم الأخير، فالقول قولُ من يقول: أدينا على العَدد فإنه قد يؤدي زيادة ليحتسبَ به في النجم الثاني، وكَذا في النجم الأخير إذا أدى الذي قالَ: أدينا على العَددِ قدراً يتم به نجمهُ، وَلا يبقى زيادة، والآخر يقول: أدينا على القيمةِ، فالقول قولُ من يقول: أدينا على العَددِ وإن أدوا في النجم الأخيرِ، وقالَ الذي قالَ: أدينا على العَددِ، إني أدّيتُ أكثر مما عليَّ لا يسترد البعضَ، وقالَ الآخرونَ: بل أدينا على القيمةِ

(١) انظر الأم (٧/ ٣٧٦).

وكل واحدٍ منا أدى القدر الذي عليهِ، فالظاهرُ مع هؤلاءِ الذين يقولونَ: أدينا على القيمةِ، فالقولُ قولُهم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولو أدى أحدهُمْ عَن غَيرهِ [٥٦/أ] كان له الرجوعُ».

الفَصْلُ

جُملةُ هذا أنه إذا أدى مكاتب عَن مكاتب فلا يخلو، إمّا أن يكونا مكاتبي رجل أو مكاتبي رجلين، فإن كانا لرجل واحدٍ لم يخل إمّا أن يؤدي عنهُ قبل العتق أو بعدهُ، فإن كانَ قبل العتق، فإن كانَ ذلكَ بغير علم السيد لم يصح الأداءُ لأنه إن فعل ذلكَ بغير إذن المؤدى عنه فهو هبة وإن كان فعله بإذنِهِ، فهو قرضٌ، والمكاتبُ لا يملكُ هبة المالِ ولا الإقراض بغير إذنِ السيّدِ، وإن أدى بعلم السيّدِ فعلمه يجري مجرى إذنه ففيه قولان، كما لو ذهَبَ شيئاً بإذن سيده إذا أقرضه بإذنه، فإن قلنا: لا يصح، قال الشافعي كان له الرجوع وأرادَ به أن له أن يرجعَ على السيدِ بذلكَ فيسترجعهُ. قال أبو إسحاق: ولو سألَ السيدُ أن يحتسبَ له من نجومهِ كان عليه أن يفعله ثم يطالب السيد المؤدي عنه، وإن لم يسأل السيدُ ذلكَ، ولكن عليه النجم احتسب السيدُ منه.

وإن لم يسترجع ذلك حتى أدى مَا عليهِ وعتق فهل له أن يسترجع؟ ظاهرُ كلام الشافعي أنه لا يسترجع لأنه لم تصح هبته وإقراضهُ لنقصانهِ، فلما عتق وصارَ حراً كاملاً صحّ ذلك منهُ، وقال أبو إسحاق: العلةُ فيهِ أنه إذا عتق وهو كاف عن المطالبة فقد صحّ الأداءُ عن من أدى عنه من الآن، وكانت الاستدامةُ في ذلك بمنزلة ابتداءِ الأداءِ، ومن أصحابنا من قالَ: له الاسترجاعُ أيضاً لأن ذلكَ وقع فاسداً في الأصل فلا يصحُّ بعد ذلكَ. وقالَ القفال: فيه وجهان، أصلهما: أن تصرّف المحجور عليه لحق الغير [٥٦/ب] باطلٌ أو موقوفٌ كتصرّفِ المفلسِ حتى إذا أطلقَ الحجرَ ينفذ؟ فيه قولان. وقيل: نَصَّ الشافعيُّ ههنا أنه لا يسترجعُ ونصّ إذا عفا المكاتب سيده عن أرش الجنايةِ عليهِ لا يصحُّ وله الرجوع عليه وإن عتق نفذ، ولا فرق بينهما على قولين، فإذا قلنا: بالأول ينظر فيه، فإن كان أدى عنهم على أن يرجع عليهم كانَ له الرجوع بما أدى عنهم، فإن كانوا قد عتقوا طالبهم كما يطالب الأحرار بما عليهم من الديون، وإن كانوا لم يعتقوا، فهو بمنزلة الدين الذي يجبُ على المكاتب، فيقالُ له: إن عليكَ ديناً كهذا ونجوم الكتابةِ للسيّدِ فإن أمكنكَ أداءهما جميعاً، فأد كليهما، وإن لم يمكنك ذلكَ، فالدين مقدم على النجوم لأن الدين لازمٌ والكتابة ليست بلازمةٍ، ويمكن السيدُ الرجوع إلى رقبتهِ من حقهِ بخلاف صَاحب الدين، فيقال للسيد: إن رضيتَ أن تصبر حتى يقضي الدين ثم يكتسب لكَ، وإلا عجزناهُ لصَاحب الدين، فإذا عجز دفعَ إلى من أدى عنه ما وجد في يدهِ ثم يُباع من رقبته بقدر ما بقي، هكذا ذكره القاضي الطبريُّ وربما أرادَ به إذا كانَ الدين دين الجنايةِ ولا يحتمل غيره.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

وإن كانَ الأداءُ عنهم بعد عتقه فالأداءُ يصحُّ لأنه حرٌّ يصح منه قضاءُ دين الغير، ثم ينظر فإن كانَ أدى بغير إذنه لم يرجع وإن كانَ بإذنه، فالحكم على ما ذكرنا.

وإن كانَ المكاتبان رجلين فأدى **أحدهما** عن الآخرِ فإن كان ذلكَ بعد العتق صح الأداء والحكم فيه على ما مضى، وإن كانَ قبل العتق لم يصح سَواءَ كان بإذن المكاتب الآخر، أو بغير إذنه لأنه يكون هبةً وقرضاً [٥٧/أ] إلا بإذن السيدِ، فلم يصح، ولا فرق بين أن يكونَ بعلم السيد أو بغير علمهِ، ويفارقُ هذا إذا كانا لواحدٍ لأن المالَ إذا حصلَ في يدِ السيّدِ وعلم به قامَ ذلكَ مقامَ إذنه وههنا يحصل المالُ في يد غير السيدِ فيكون هبةً وقرضاً بغير إذنه، وإن كانَ ذلكَ الأداءُ بإذن سيده ففيه قولان، وقال القفالُ: إن أدى بإذن السيّدِ والمؤدى عنهُ فجائز لأن إقراضَهُ بإذن السيّدِ جائز قولاً واحداً، وإن كانَ بإذن السيدِ لا بإذن المؤدى عنه، ففيه قولان، لأنه هبةٌ بإذن السيّدِ، وهذا أحسنُ، ولكن ما تقدم أصحُّ عندي، وقال في «الحاوي»[(١)]: الصورة الأولى إذا أدى أحدهم عن صَاحبهِ بإذنه ليرجع به كالقرضِ، وجوزنا لم يخل حال المؤدي، والمؤدى عنه من أربعة أحوالٍ، أحدها: أن يعجزا فيرقا فلا رجوع للمؤدي بما أدى لا على سَيدهِ، ولاَ على المؤدى عنهُ لأنه لا يثبتُ للسيّدِ على عبده مالٌ، ولا لعبده على سيده، والثانيةُ: أن يؤديا فيعتقا فللمؤدي أن يرجع على المؤدىٰ عنه بعدَ عتقه بما أداهُ. والثالثة: أن يعتق المؤدىٰ عنه ويبقى المؤدي على الرق، فينظر في عتقَ المؤدى عنهُ فإن كانَ بغير مَا اقترضه المؤدي نفذ عتقه، وكان المال المؤدى عنهُ ديناً للسيدِ عليه وإن كانَ عتقه بما اقترضَهُ المؤدي فيه وجهان خرجهما صَاحبُ «الإفصاح» أحدهما: أن عتق المؤدى عنه قد نفذ ورق المؤدي قد استقر ويكون الأداءُ ديناً للسيدِ يرجعُ به على المعتق اعتباراً بحكم الأداءِ والعجزِ، والثاني: [٥٧/ب] لا يعتق المؤدى عنه بذلكَ ويحتسب به للمؤدي فإن كان بقدر الباقي عليه من كتابته عتق به وأعيد المؤدى عنه إلى رقهِ وإن كانَ أهلاً أعيدا معاً إلى الرق اعتباراً بحالِ الكسبِ، والرابعةُ: أن يعتق المؤدى عنه وهو على رقه فللمؤدى عنه ثلاثة أحوال، أحدُها: أن يكونَ في يده ما يفي بمال الكتابةِ وبدل ما اقترضَ فيؤديهما ويتحرّر، والثاني: أن يعجز عن باقي الكتابةِ وعن القرض جميعاً فللسيدِ أن يعيده إلى رقهِ ويكون قرض المؤدي في ذمة العبدِ إذا عتق وأيسر رجع به عليهِ، والثالثة: أن يكونَ في يده ما يصرف في أحدهما: إما في عتقه أو في قرضيه فيقال للمؤدي انتظره بقرضك حتى يؤدي ما بيده في قرضه فإن أجاب فعل ذلكَ وإن امتنعَ قيل للسيدِ: انتظره بنفسهِ حتى يؤدي ما بيده في قرضهِ فإن أجابَ فعل ذلك، وإن امتنع وتنازعَا فالمؤدي للقرض أولى به على ما ذكرنا وهذا ترتيبٌ حسنٌ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٢)]: «لا يجوزُ أنْ يتحملَ بعضهمْ عَن بعضٍ».

يعني إذا كاتب ثلاثة أعبدٍ على ما ذكرنا لا يصير بعضهم ضامناً عن بعضٍ خلافاً

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٦٥، ١٦٦). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

لمالكٍ وأبي حنيفة، فانفرد مالك بأن قالَ: إذا قعد بعضُ العبيد عن الاكتساب والأداءِ كان للثاني: إجبارُهُ على ذلكَ وإلزامهُ للاكتسابِ والأداءِ وقالَ أيضاً: إذا أعتق السيدُ واحداً منهم نُظر فإن أعتق من لا كسبَ له جاز لأنهُ لا يضرّ على الباقين وإن أعتق من له كسبٌ لم يجز لأن على الباقينَ ضرراً فيهِ وَهذا غلط لأنها معاوضةٌ مطلقةٌ، فلم يلزم كل واحدٍ منهم إلا قدر ما يخصهُ من العوضِ كما في البَيع، ولو شرطَ عليهم في العقدِ [٥٨/أ] أن كُلَّ واحد منهم ضَامنٌ عن الباقين كانت الكتابةُ فاسدةً خلافاً لمالكٍ وأبي حنيفة، وهذا ليس بلازم ولا إلى اللزوم، فلا يصحُّ ضمانه وأيضاً لا يجوز لضمان من المكاتب لأنه لا يصح أَن يضمن عن حُر ولا عن مكاتب ليسَ معَهُ في عقد كتابته، فلا يصح هذا الضمان أيضاً، ثم قال الشافعيُّ رضي الله عنهُ ولا يجوز أن يتحمل مال الكتابةِ حرٌ لأن الضمان لا يجوز إلا في اللازم، ومَال الكتابة غير لازم لأن له أن يزيله عن نفسهِ، أي وقتٍ شاءَ ولو شرط ذلكَ في عقد الكتابة فسد لأن الكتابَة تفسد إذا شُرط فيها شرط فاسد، قال أبو إسحاق: وَكذلكَ لو كاتب عبده على أن يضمن عنه رجل بعينه حر كانت الكتابة فاسدةً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «ولَو كاتبَ عبداً كتابةً فاسدةً».

الفَصْلُ

اعلم أن العتق المعلق بالصفات على ثلاثةِ أضربٍ عتق معلقٌ بصفةٍ محضةٍ لا مدخل للعوض فيها، كقوله: إن دخلتَ الدار فأنتَ حرٌ، وإن كلّمتَ زيداً فأنت حرٌ ونحو ذلكَ. وفي هذا المعنى إذا قالَ: إن أعطيتني فأنتَ حرٌ فإن هذا وإن دخلَهُ عوضٌ إلا أن المغلبَ فيهِ حكم الصفةِ فلهذه الصفة ستةُ أحكامٍ، أحدها: أن تقع لازمةً لا سَبيل للعبد ولا للسيدِ إلى فسخها بحالٍ ولا أن يتفقا على فسخها لأنها عقدت وعلقَ بها العتق، وهو حق الله تعالى فلزمت.

والثاني: أن السيد لو أبرأهُ عن المال الذي علق عتقه بهِ لم يعتق لأنه علق بأداءِ المالِ، وفي الإبراءِ لم يوجد المال.

والثالث: [٥٨/ب] إذا مات السيدُ بطلت الصفةُ لأن إطلاق الصفات يقتضي وجودها في حال الحياةِ.

والرابعُ: إن كسبَ العبدِ قبل أداءِ المالِ يكون لسيده لأنه باقٍ على ملكه، ولم يوجد ما يقطع تصرفه.

والخامسُ: أنه إذا أدى المال عتق لوجودِ الصفة وما في يده من فضلِ الكسبِ لسيدهِ كما أن فضل الكسب كانَ لسيده.

والسادسُ: لا يثبت بين سيده وبينه تراجع لأنه لم يثبت جهته يثبت بينهما التراجعُ.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

والضربُ الثاني: عتق معلقٌ بصفةٍ وعوضٍ والمغلب فيهِ حكم العوضِ وهو الكتابة الصحيحة، فالمعاوضة لا بد من ذكرها، وهو قوله: كاتبتكَ على كذا أو الصفة لا بدّ من ذكرها باللسان أو ينويها بقلبه على ما ذكرنا. وإنما علينا حكم العوض ههنا لأنه لو كان المغلب للصفةِ لاحتيج إلى ذكرها كما في القسم قبله ولا يعتبر ذلك بل تكفي النيةُ بالقلب، ويتعلق بهذا أيضاً ستةُ أحكامٍ، أحدها: أنها تقعُ لازمةً من جهة السيدِ لا سبيل له إلى فسخها لأنها معاوضة كالبيع، فأما العبد فليس له فسخ العقد ولكن له أن يمتنع من الأداءِ متى شاءَ ثم يكون للسيد الفسخُ، وإن اتفق السيدُ والعبدُ على فسخ الكتابة جاز، ويكون ذلك بمنزلة الإقالةِ في البيع ويلزمُ ذلك.

والثاني: أن السيد لو أبرأ من مال الكتابة عتق كالبائع إذا أبرأ المشتري عن الثمن صح وبرئت ذمته وملك المبيع تاماً.

والثالث: إذا ماتَ السيدُ لا تبطل بل يؤدي المال إلى ورثتِهِ ويعتق كالبَيع.

والرابعُ: إن كسبَ العبد قبل الأداءِ يكون له لا لسيده لأنه عقد مع سيدهِ عن التصرفات فيه وأخذ كسبه فهو كما لو باع العبدَ، كان الكسب للمشتري [٥٩/أ].

والخامسُ: أن المكاتب إذا أدى المال عتق وَلا تراجعُ.

والسادسُ: إذا أدى ما عليهِ وعتق وبقي فَضل الكسب في يده فهو له ملكاً تاماً.

والضَّربُ الثالث: عتق معلقٌ بصفةٍ وعوضٍ والمغلب فيه حكم الصفةِ، وهو الكتابةُ الفاسدة ولهذه الصفةِ أحكامٌ ستةٌ، أحدها: أنها تقع غير لازمةٍ من جهة السيدِ، وله أن يرجعَ فيها متى شاءَ لأنه التزمها بشرطِ أن يحصل له العوض المشروط، فإذا لم يحصل كانَ له الرجوع ويفارق الصفةَ الأولى لأنها صفة محضةٌ التزمها بمجردها فلزمته، ثم إذا ثبت أن الصفة لا تلزم له أن يفسخها بنفسهِ وله أن يرفعها إلى الحاكم حتى يفسخ الحاكم كما لو وجدَ عَيباً بما اشترى له الفسخ بنفسهِ وله المرافعة إلى الحاكم حتى يفسخ. قال الشافعيُّ: وأشهد على ذلكَ ولم يرد بهِ أن الشهادة شرط وإنما أرادَ أنه يُشهد عليهِ حتى يثبت أنه قد رجع فلا يمكن العبد جُحود ذلكَ لأنهما لو اختلفا في الرجوع، ولم يكن مع السيّد بيّنَةٌ كانَ القول قول العبد لأن الأصل أن لا رجوع.

فَرْعٌ

إذا قالَ أبطلتُ كتابة عبدي أو فسختها يجوز بمشهد العَبد وعيبتهِ ولو نوى إبطالها لا تبطل، وإذا رفعها إلى الحاكم لم يكن له إبطالها إلا بعد ثبوت فسادها ومَسألةِ السيد، فإذا سَأل له إبطالها عليه، ولو سأل المكاتب من الحاكم الإبطال لم يكن للحاكم إجابتهُ إليه لأنه حق مختصٌ بالسيّدِ لا يملكه المكاتب وإنما يملك هو الامتناع من الأداءِ على ما ذكرنا [٥٩/ب].

والثاني: أن السيد إذا أبرأهُ لم يعتق.

والثالث: إذا مات السيد بَطلت هذه الكتابة على ما ذكرنا خلافاً لأبي حنيفة وأحمد.

والرَّابعُ: أن الكسبَ للمكاتب لأن الكتابة الفاسدة كالصحيحة في وقوع العتق فيها

بالأداءِ، فحصل له المعقود عليهِ وهو العتق فتبعه ملكُ الكسبِ.

والخامسُ: أن العبدَ إذا أدى المشروط عتق لوجود الصفةِ وإن فضل في يديه كسبٌ كانَ له لأن الأصل الكسب له ولا فرق بين أن يكون فساد الكتابة بشرطٍ مجهولٍ أو بعوضٍ فاسدٍ من الخمر والخنزير والميتةِ والدم. وقال أبو حنيفةَ: إن كانت بالميتةِ أو الدم لا يحصل العتق بالأداءِ لأنهما ليسَا بمالٍ بخلاف الخمر والخنزير فإنهما مالاً لأهل الذمةِ. وهذا على أصلهِ أن البيع بالميتةِ والدم باطل وبالخمرِ والخنزير فاسد يحصل الملك فيه عند القبضِ.

والسادسُ: أنه يثبت التراجعُ فيها بين العبدِ وبين السيدِ فيستحق السيدُ على عبده قيمة رقبته وتجب القيمة من غالبِ نقد البلد ويستحق العبدُ على السيد ما دفعه إليه من الكسبِ، ثم إن كانَ أحد الحقين من غير جنس الآخر لم يتقاصّا بل يقبض كل واحدٍ منهما من صَاحبهِ ما له عليه لأن التقاصّ لا يثبت في الجنسين كالحوالةِ لا تكون في الجنسين وإن كان **أحدهما** من جنس الآخر، فإن كان غير الدراهم والدنانير لم يحصل فيه التقاصّ وإن كان من الدراهم أو الدنانير فهل يتقاصان فيه؟ أربعةُ أقوالٍ، وهكذا الحكم في دينين من جنسٍ واحدٍ هل يحصل بينهما التقاصّ فيه هذه الأقوال؟ أحدُها: يتقاصّان [٦٠/أ] من غير تراضٍ.

والثاني: لا يتقاصّان إلا بالتراضي.

والثالث: يتقاصان إذا رضي أحدهما.

والرابعُ: لا يحصلُ التقاص بذلك وإن تراضيا لأنه يكون بيع دين بدينٍ، ولأنه لما لم يصح ذلكَ في غير النقود من العُروض كذلكَ في النقود، فإذا قلنا: يحصل التقاص لهما بالتراضي أو غير التراضي فإن تساوى الحقان سقطَ **أحدهما** بالآخر وإن تفاضلا سقط بقدر ما يتساويان فيهِ، ويرجع صاحب الفَضل بالفضلِ، وإن قلنا: لا يحصل التقاصّ فلا يحتاج إلى القبضِ من الجانبين معاً بل يكفي أن يقبض أحدهما، ثم يرد ما قبضه إلى صَاحبهِ، فإن قيل: ما الفرقُ بين الحقين من جنس الأثمان وغير الأثمانِ في حكم التقاص؟ قلنا: قال أبو حامدٍ: الفرقُ أن ما عدا الأثمان يطلب فيه المعاينة لوجود الاختلافِ فيها وقلّ ما يتساويا والأثمان متساوية يُطلب فيها المعاينة.

ومن أحكامِ الكتابة الفاسدة أن تسقط بها نفقتُهُ عن السيّدِ وتكون الجنايةُ مضمونةٌ على السيدِ في كسبه.

والتقويم فيهِ يكون حين وقوع العتق بخلافِ التقويم في الكتابةِ الصحيحةِ إذا احتجنا إلى قسم العوض بين العبيدِ فإنا نقومهم حين العقد لأنه وقت الحيلولة بينهم وبين السيدِ، وههنا الحيلولة حصلت بالعتق، وقيل: لهذه الصفة ثمانية أحكامٍ وعدّ هذه الأحكامَ فيها.

فَرْعٌ آخرُ

لو أخذ المكاتب في الكتابة الفاسدة من سَهم الزكاة وأدىٰ عتقٌ، وقال في

«الأم»[١]: استرجع من السيدِ ولم يعتق به لأن فسادها [٦٠/ب] يخرجُه من حكم الرقاب، قال صَاحب «الحاوي»[٢]: والذي أراهُ أنه لا يسترجع منه لأنه يجري على حكم فاسدها في ملك الاكتساب ووقوع العتق بهِ حكم الصحةِ فكذلك في سَهم الرقاب.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٣]: «وَلَو لَمْ يمتِ السيدُ، ولكنَّه حجرَ عليهِ أو غلبَ على عقلهِ فأداها منه قبلت ولم يعتقْ».

وقد ذكرنَا أن الكتابة الفاسدة تبطل بموتِ السيّدِ ولو لم يمت ولكنه جنّ أو حجر عليهِ بطلت الكتابة أيضاً لأنه عقد جائز في حقه والعقود الجائزة تبطل بالجنون والحجر كالوكالةِ وغيرها، ومعنى قولنا: عقدٌ جائز أن له أن يفسخَهُ.

ولأن قبضَهُ ليس بصحيح، فلا يحصل الوصف، ولو جن العبد لا تبطل هذه الكتابة لأن الجنون كالحجر فإن كل ما يبطل بالجنون يبطل بالحجر وما لا يبطل الجنون لا يبطل بالحجر والعبد محجور عليهِ أبداً، فلو بطلت الكتابةُ بالجنون لوجب أن لا تصح كتابة العبد أبداً، وهذا ضعيف لأن قوله صحيح قبل الجنون والعلةُ الصحيحةُ فيهِ أن العبدُ لا يملكُ إبطال الصفةِ وإنما له أن يعجز نفسهُ، فيفسخ السيّدُ إن اختار كما في الكتابةِ الصحيحةِ، وإذا كان لا يملكُ الفسخ لا يفسخ بجنونهِ، وقيل: لا تبطل بالحجر فإذا أدى إلى وليه عتقَ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٤]: «ولو كانَ العبدُ مخبولاً عتقَ بأداءِ مال الكتابةِ، ولا يرجع **أحدهما** على الآخرِ بشيءٍ».

في هذا الفصل مسائل، إحداها: أن يكاتبه كتابة صحيحةً، وهو عاقل ثم جُن المكاتب فلم تبطل الكتابة، فإذا أدى المالَ إلى سيدهِ عتق لا لأن الأداءَ يصح منه ولكن لأن السيد لم يستحق المال، فإذا حصلَ في يده ما يستحقهُ كان له أخذه بحقهِ، فإذا أخذه برئت ذمة العبدِ من المالِ [٦١/أ] وعتقَ، ولا تراجع لأن الكتابة الصحيحة لا تقتضي ثبوت التراجع.

والثانية: أن يكاتب عبداً عاقلاً كتابةً فاسدةً ثم جن العَبدُ فلم تبطل بجنونه أيضاً، فإذا أدى المال عتق بوجود الصفةِ ويثبت لهما التراجعُ لأن عقد الكتابةِ اقتضى لزوم الضمان للعبدِ وثبوت التراجع بينَهُ وبين السيدِ فلم يبطل ذلكَ بالجنونِ كما لو أدى المال في حال إفاقته.

والثالثةُ: إذا كاتب عبداً مجنوناً، فالكتابة فاسدة فإن أدى المال عتق بوجود الصفةِ وهل يثبت بينهما التراجعُ؟ نقل المزني أنه لا يثبتُ ونقل الربيع عن «الأم»[٥] أنهما

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٧٩).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٧٢).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).
(٥) انظر الأم (٧/ ٣٧٩).

يتراجعان. واختلفَ أصحابنا في المسألةِ على طرقٍ، أحدها: قال ابن سُريج: الصحيح ما نقله الرَّبيعُ لأنه يعتق بكتابةٍ فاسدة، فلا بد من التراجع، وما نقله المزني كانَ في الأصل ويرجعُ **أحدهما** على الآخر فزاد الناقل لا بالغلطِ، وقالَ أبو إسحاق: الصحيحُ ما نقله المزنيُّ أنه لا تراجعَ لأن التراجع إنما يكون في عقدٍ فاسدٍ يقتضي الضمان والعقد مع المجنون ليسَ بعقدٍ، ولا هو من أهل الضمان فصارَ كما لو كاتبَ صَبياً فأدى المال وعتق لا يثبت التراجعُ وأمّا التأويل الذي ذكره ابن سريج، فلا يصحُّ لمعنيين، أحدهما: أنه لو أرادَ التراجع لقال، ولا يتراجعان ولا يحتاج إلى أن يقولُ ويرجعُ كل واحدٍ منهما، والثاني: أنّهُ قالَ بشيء ولا يصح أن يقولَ ويرجع كل واحدٍ منهما على صاحبه بشيءٍ، وقيل: قال أبو إسحاق: ما نقل الربيع أرادَ إذا عقدَ معه وهو عاقل ثم جّنَّ ولفظه في «الأم»[1]، ولو خبل المكاتب فأدّاها إلى سيده عتق ونصب الحاكم أميناً، [٦١/ب] ويتراجعانِ كما لو كانَ العقدُ صَحيحاً يرجعُ لأن كتابة المخبول كتابةٌ فاسدةٌ، ولم يرد بِهِ أنه يثبت له أحكام الفاسد معَ العاقل في التراجع إذا كاتبه وهو مجنونٌ، والذي نقل المزني أرادَ أنّهُ إذا كاتبه وهو مجنون. والفرقُ ما ذكرنا، وهذه الطريقة أصح، وقال القاضي أبو حامدٍ من أصحابنا من قال: فيه قولان. قال القفّال: والفرق بينه وبين الصبي أن المجنون عارض فهو كعارِض شرطٍ فاسدٍ بخلافِ الصبيّ، ومن أصحابنا من سوّى بين الصبي والمجنون في التراجعِ.

فَرْعٌ

لو دفع المال إلى سيده في حال جنون السيّدِ في الكتابة الصحيحة لا يعتق بِهِ لأنه لا حكم لقبضهِ، ثم إذا دفعَ مرّةً أخرى إلى الولي عتق ثم إن وجد عين مالهِ في يد السيّدِ استرد، وإن كان قد أتلفَ لا يرجع عليه بضمانِهِ أبداً، ذكره القفّالُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[2]: «ولو كاتبَهُ كتابةً صحيحة، فماتَ السيدُ ولهُ وارثانِ».

الفَصْلُ

قال أصحابنا: قال الشافعي: ولو كاتبه كتابةً صحيحةً إذ لو عرفنا ذلكَ ما قبلنا قول من يقول لم يكاتب، وإنما قالَ لو ماتَ رجل وخلّف ابنين وعبداً فادعى العبد أن أباهما كاتبه فصدقه أحد الابنين.

واعلم أن الشافعي ذكر في «الأم» مسألتين، نقل المزني الثانية، وترك الأولى لسهولتها فالأولى ما ذكرنا من الصورة، ولكن الاثنان كلاهما، فالقول قولهما لأن الأصل عدم الكتابة ويكون يمينهما على نفي العلم لأنه يمين على فعل الغير فإن حلفا برءا وإن نكلا عن اليمين ردت اليمين على العبدِ، فإذا حلفَ يحكمُ بصحةِ الكتابةِ [٦٢/أ].

---

(١) انظر الأم (٣٧٩/٧).

(٢) انظر الأم (٢٧٥/٥).

والثانية: أن يصدقه **أحدهما** وينكر الآخر فإقرار المقر مقبولٌ ويصير نصيبهُ مكاتباً لأنه أقرّ بما يضره فقبل إقراره فيه ثم ينظر فإن كانَ عدلاً وشهدَ مع شاهد آخر عدلٍ حكم بشهادتهما وثبتت الكتابةُ، وإن لم يكن عدلاً ولم يشهد شاهدٌ آخرُ لا يجوز أن يحلفَ العبد معَهُ لأنه لا يدخل فيها الشاهدُ واليمين لأن المقصود العتق دون المال ويكون القول قول الابن المنكر، فيحلف أنه لم يعلم ذلكَ فإن حلفَ بريء وإن نكل عن اليمين ردت اليمين، فإن حلفَ العبدُ ثبتت الكتابة، فإن نكل بطلت الكتابةُ في حقهِ وثبتت في حق المقرّ.

فإن قيل: جعلتم نصفه مكاتباً بغير إذن شريكه وذلكَ خلافُ قول الشافعي رضي الله عنه، قلنا: ههنا لم تقع الكتابة في الأصلُ مُحضةً بل أقرّ أن أباه كاتبه جملةً، ولكن بطلت في نصفهِ لإنكار الابن الآخر، فلم يوجب ذلكَ بطلانها في الباقي، فهو بخلاف ما لو كاتب نصفَهُ ابتداء قصداً إلى الإضرار بشريكه.

وأيضاً فإن ههنا ضرورة فهوَ كما لو أوصى أن يكاتب عبده عنه فلم يخرج من الثلث كاتبنا بعضَهُ للضرورة.

فإذا تقرر هذا نظر فيه فإن اتفقا على المهايأةِ خدمَهُ يوماً، واكتسبَ لنفسه يوماً، وإن لم يتفقا على المهايأة لا يجبرَ عندنا عليها خلافاً لأبي حنيفة.

ثم ينظر فإن عجز نفسَهُ استرقه السيّدُ وما في يده من الكسب يكون له لأن السيد الآخر كان يأخذ كسبُهُ في كل يوم فهذا الباقي حقٌّ لهذا الشريك.

وفرّعَ الشافعي على هذا، فقال: إذا وجدَ في يد المكاتب كسبٌ فاختلفَ السيّدانِ فيه، [٦٢/ب] فقال المكذبُ: كان اكتسابه قبل عقد الكتابةِ فهو بيننا، وقال الآخر: بل اكتسبَهُ بعد عقد الكتابةِ، فهو لي، فالقول قولُ المصدق لأنهما يختلفان في حدوث الكسبِ قبل الكتابة والأصلْ أن لا حدوث حتى يعلم ذلكَ وإن أدى المكاتب ذلكَ عتق بالأداءِ وما فضلَ من الكسبِ، فهو له ولا يقوم باقيه على الابن المصدق ولا على الميّت. أمّا الابن فلأن التقويم إنما يكون على من باشر العتق أو تسبب إليهِ وهذا أخبر أن أباه كاتبه وأنه تسبب إلى عتقه، وأمّا الميّتُ فقد زال ملكه بالموت فهو بمنزلة المُعسر وهذا كما نقول إذا ترك ابنين وعبداً فادعى العبد أن أباهما عتقه فأقر أحد الابنين وأنكر الآخرُ عتق نصيبُ أحدهما، وكان ولاءُهُ لأبيه، ولا يقوم عليهِ.

ولو بادر المصدق فأعتقَ نصيبَهُ أو أبرأهُ ثمن نجومهِ فعتقَ فهل يقوم عليهِ نصيب أخيه فيه وجهان، أحدهما: لا يقوم لأنه يعتقُ على أبيه دونه ولهذا نقولُ الولاءُ يثبت لهُ، والثاني: يقومُ عليهِ لأنه يضرّ بشريكه بتقديمه العتق، والأول أصح فإذا عتق هذا النصف بالأداءِ وثبت عليهِ الولاءُ ولمن يكون هذا الولاء فيه وجهان، أحدهما: يثبتُ للميت وينتقل إلى ابنيه لأنه عتق بسببٍ كان منهُ وَهو عقد الكتابة. والثاني: يثبتُ للابن المصدق لأن المنكر أسقط حق نفسه من العتق والولاءِ، فإذا قلنا: الولاءُ بينهما فمات دفع إلى الابن المصدق نصف المالِ ويوقفُ نصيبُ المكذب إلى أن يقرّ بهِ، [٦٣/أ]

فيدفعُ إليهِ، ولو شهدَ مع المصدق شاهدٌ آخرٌ وهما عدلان وحكمنا بكتابة جميعه خلينا كسبهُ فيؤدى إلى الابن المقرّ نصف مال الكتابةِ وفي النصف الآخر وجهان، أحدهما: يدفعُ إلى الابن المنكر، والثاني: يكون بمنزلة ما لو أقرّ لإنسانٍ وهوَ يجحدُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «ولو ورثَا مكاتباً، فأعتقَ أحدهُمَا نصيبَهُ فهو بَرِيءٌ مِن نَصِيبه من الكتابة».

الفَصْلُ

جُملةُ هذا إذا كاتب عبداً ثم مات السيدُ وتركَ ابنين لا تنفسخ الكتابةُ بموتهِ لأنها لازمةٌ من جهة السيدِ ويقومُ ابناهُ مقامُه كما يقومان في سائر حقوقهِ فإذا أدى المكاتب المال إليهما عتق، وكذلك إذا أعتقاهُ أو أبرأه معاً يعتق ويثبت الولاء عليه للسيد ينتقل إلى عصبته وهما ابناه وإن عجز نفسَهُ استرقاهُ وما أخذاهُ من الكسبُ وما يجدانه في يده يكون لهما، فإن أدى فهل يعتق فعلى ما سنبين إن شاء الله تعالى، وإن أعتقه أحدُهما عتق نصيبَهُ بلا خلافٍ وكذلكَ لو أبرأهُ **أحدهما** عن نفسه من المال عتق نصيبهُ عندنا. وقال أبو حنيفة لا يعتق حتى يبرئة الآخرُ، أو يستوفي نصيبَهُ، واحتج بما لو أبرأه السيدُ عن نصفِ النجوم لا يعتق منه شيء، وهذا لا يصح لأنه أبرأه من جميع ما استحقه عليهِ من مال الكتابةِ فوجب أن يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من كلِّ النجوم وبهذا فارق ما احتجوا بهِ. وأيضاً فإعتاقه إياهُ إبراءٌ عن المال الذي له في ذمته، فإنه لا يستحق عليه غير ذلك والحرية تقع من جهة الأب، ولو أعتقَ نصيبَهُ عتق فكذلكَ إذا أبرأه عن قدرِ نصيبهِ [٦٣/ ب].

فإذا تقرر هذا وعتق نصيبَهُ فهل يقوّم عليهِ نصيب شريكهِ؟ فيه قولان، أحدهما: لا يقوّم نقله المزنيُّ في «جامعه الكبير» واختارَهُ، ونقله إلى «المختصر» في آخرِ الباب الذي بعد هذا الباب ونصره بأن قال: العتق عن أبيه بدليل أن الولاءَ له. قال أبو إسحاق لا يختلفُ قولُ الشافعي في الولاءِ لأنه لأبيهما فوجبَ أن لا يقوّم عليهِ، والقول الثاني يقوم عليهِ إن كانَ موسراً، قال أبو حامدٍ: وهذا أصحُّ لأنه كان يمكنهُ أن لا يبرىء ولا يعتق حتى يعتق الجميع أو يعجز الجميع، فلما عجل العتق قبل الأداءِ إلى شريكهِ كانَ ذلك منه جنايةً أدت إلى تبعيض حريته فوجبَ التقويم عليهِ. وأمّا فصل الولاءِ فلا يدل على عَدم التقويم لأنه قد يقع العتق والولاءُ لشخص ويكون التقويم على غيره لأن أحد الشريكين لو قال لصَاحبهِ أعتق نصيبكَ عني على ألفٍ، فأعتقه فإنه يسري إلى نصيب شريكه ويكون العتق عن السائل والولاء له والتقويم على المباشرِ للعتق، وكذلك لو قال أجنبي لأحدهما: اعتق نصيبكَ عني على ألف، فأعتقَهُ فإنهُ يكون ولاءُهُ للأجنبيّ، ويُقوم على الشريكِ المعتق لأنه أعتقَهُ.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٥).

وقال بعضُ أصحابنا: في الولاءِ وجهان ذكره القفّالُ وغيرهُ. وقال ابن أبي أحمد في «المفتاح» فيه قولان، أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: أنه لمن أعتق على حكم الكتابة وما ذكره أبو إسحاق أصح، فإذا قلنا: يقوّمُ. قال في «المختصر»: يقوم عليه إن عجزَ إذا كان موسراً، أو هذا يقتضي أن لا يقوّم في الحالِ. وهذا اختيار أبي إسحاق لأن عقد الكتابة تقدم [٦٤/أ] على السراية وفي التقويم فسخ العقدِ وإسقاط حق الأب من الولاءِ فلم يقوم ما دام العبدُ مقيماً على عقده، فإذا عجز نفسَهُ ورجعَ إلى ملك صَاحبه سَرت الحريّةُ حينئذٍ ويقوم على المعتق، ومن أصحابنا من قالَ: فيه قولٌ آخرٌ يقوم في الحال عليهِ ولا ينتظر عجزه لأنه إذا اجتمع للعبدِ الحريّة من جهتين بُدىء بأعجلهما، والأوّل أشبَهُ بالمذهبِ وهذان القولان مبنيان على أصلٍ، وهو أن العبد بين شريكين إذا كاتباهُ، ثم أعتق **أحدهما** نصيبَهُ، أو أبرأهُ يقومُ عليهِ نصيب شريكه قولاً واحداً لأن الذي أعتق هو المعتق لا محالة إمّا بعقد كتابته، أو بإعتاقه بخلافِ أحد الوارثين في أحدِ القولين، ولكن متى يقوّم؟ فيه قولان، أحدهما: يقوّم في الحالِ، والثاني: ينتظر تقويمهِ إلى حالِ الأداءِ فإن استغنى عن التقويم بأن أدى وإلاّ قوّمَ حينئذٍ، ومن أصحابنا من قال: يقوم ههنا عاجلاً قولاً واحداً، ومن أصحابنا من قال: يقوم ههنا بعد العجز قولاً واحداً بخلاف مسألة الشريكين لأن أحد الوارثين ليس بمعتق فلا يبطل عَقدُ الكتابةِ وأحد الشريكين معتق فحَصل ثلاثة طرقٍ. والصحيحُ الطريقةُ الأولى، وَالطريقةُ الثالثة أقربُ من الطريقة الثانية، وكلاهمَا لا يصحُّ، فإذا قلنا: لا يقوّمُ عليهِ أصلاً ينظر فإن أدى ما عليهِ من مال الكتابة عتق والولاء بينهما، وكذلك إن أعتقه الآخر أو أبرأهُ أيضاً، وإن عجز نفسَهُ استرقّهُ وأعادهُ إلى ملكه فيكون نصفه مملوكاً لهذا الابن الآخر والنصفُ الآخر قد عتق بإعتاق الابن الآخر فلمن يكون الولاءُ وجهان على ما ذكرنا، [٦٤/ب] وإذا قلنا: يقوم عليهِ في الحالِ قوّم وتنفسخ الكتابةُ بالتقويم، ويعود هذا النصف مملوكاً له لأنه عتق في ملكه ومتى يحكم بنفوذ العتق فيه ثلاثةُ أقوالٍ على ما ذكرنا في أحد الشريكين إذا أعتق متى يسري إلى نصيب الشريكِ وولاءُ هذا النصف له وولاءُ النصف الأول على ما ذكرنا من الخلافِ، فمن قال: الولاء للمعتق احتج بظاهرِ لفظ الشافعي وعتق إن كان موسراً، وولاؤه له ومن قال: إنه للميت، قال: أرادَ به ولاءَ ذلك النصف الذي قوم عليه. وفي مسألة الشريكين في المكاتب إذا أعتقهُ **أحدهما** وقوّمنا عليهِ الولاء كله للمقوّم عليهِ بلا إشكالٍ، وهكذا إذا قلنا: يقوم بعد العجز في مسألتنا ولاءُ النصف الذي قومنا عليهِ له بلا إشكالٍ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «والمكاتبُ عبدٌ ما بقيَ عليهِ درهم».

اعلم أنه إذا كاتب عبداً لا يعتق بأداءِ بعض مال الكتابةِ حتى يؤدي جميعه، قالَ في «الأم»[٢]، وهو عبدٌ في شهادته وميراثه وحدودهِ والجنايةِ عليهِ وجنايته بأن لا يعقلها

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

(٢) انظر الأم (٧/ ٢٨٢).

عاقلة مولاهُ ولا قرابة العبد وبه قالَ عمرُ وابن عمرَ وزيدٌ وعائشةُ وأم سلمة رضي الله عنهم وسعيدُ بن المسيب وسُليمان بن يسار والحسنُ البصريُّ والزهري ومالكٌ والثوريُّ وأبو حنيفة. وقال ابن مسعود رضي الله عنه: إذا أدى قدر قيمته عتق ويؤدي الباقي في حال الحريّةِ، فالخلافُ بيننا وبينَهُ إذا كوتب على أكثر من قيمته، وعن علي رضي الله عنهُ روايتان، أحدهما: أنه إذا أدى نصف مال الكتابة عتقَ، ويؤدي الباقي في حال الحرية وبه قال عروةُ [٦٥/أ] بن الزبير، والثانية: أنه كلما أدى جزءاً عتق بأدائه جزء منه وهو قول داود، وروي عن شريح أنه قالَ: إذا أدى ثلث كتابته عتق، وكانَ غريماً بما فَضل عنها. وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا كتبت صحيفة المكاتب عتق بها، وكان غريماً بما عليه، وقد روى عكرمة عن علي وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال: «يؤدي المكاتب بقدر ما أدى دية حرٌ ما بقي دية عبد»[(١)]. وروي عن عكرمة عن ابن عباسٍ أن النبي ﷺ، قالَ: «إذا أصابَ المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحسابِ ما عتق منه»[(٢)]، وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه، ودليلنا ما ذكرنا من الخبر الصحيح المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم وما ذكروه، قال أصحابنا: الحديث لا يصحُّ مرفوعاً، وإنما روي مرسلاً أو موقوفاً على عليّ رضي الله عنه ولأنه جعل ديّتهُ بقدر ما عتق منه، ولم يقل إنه يعتق بقدر ما أدى ولا حجة لهم فيه أو نحمله على أحد الروايتين إذ أعتقه بعد موت السيد. وقد روى يحيى بن أبي كثيرٍ عن عكرمةَ عن ابن عباسٍ رضي الله عنهما أنه قال: لا يقام على المكاتب إلا حدُّ العبد[(٣)]، وأيضاً فهذا لا يخلو، إمّا أن يجري مجري المعاوضات فلا يجب على البائع تسليم شيء من المثمن إلا بعد تسليم تمام الثمن أو يجري مجرى العتق المعلق بالصفات فلا يعتق حتى توجد جميع الصفة، فإن قيل: أليس قلتم لو أن أحد الابنين أبرأهُ عن نصيبه عتق نصيبهُ. وكان يجب أن يعتق على مولاه بقدر ما نقصَ [٦٥/ب] ثُلثا الابن أبرأهُ عن جميع حقهِ فعتق عليهِ والسيدُ لم يسقط جميع حقّهِ فوازان الابن أن يستوفي السيدُ جميع حقهِ فيعتق عليه.

مَسْألَةٌ: قالَ[(٤)]: «وإنْ ماتَ ولهُ مالٌ حاضرٌ وولدٌ مَاتَ عبداً».

الفَصْلُ

هذه المسألة مبنيّةٌ على أن عقد الكتابة جائزٌ أم لازمٌ فعندنا أنه لازمٌ من جهةِ السيّدِ

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٩٤)، وابن أبي شيبة (٩/ ٣٩٦)، والبيهقي في «الكبرى» (٢١٦٥٣)، وفي «معرفة السنن» (٦١٠٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٥٨٢)، والترمذي (١٢٥٩)، والحاكم (٢/ ٢١٩)، والدارقطني (٤/ ١٢١)، والبيهقي في «الكبرى» (٢١٦٥٢)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٤٤).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٥١)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٤٥).

(٤) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

لا يفسخه ما لم يعجز المكاتب من الأداءِ وغير لازم من جهةِ العبدِ فله أن يعجز نفسَهُ متى شاء. وقال مالكٌ وأبو حنيفة هو لازم من جهة العبدِ أيضاً، فإذا كان لهُ مالٌ يفي بما عليهِ أجبرَ على أدائهِ وليس له الامتناعُ وإن لم يكن له مالٌ قد ذكرنا أن عند أبي حنيفة لا يجبر على الاكتسابِ خلافاً لمالكٍ وهذا لا يصحُّ لأن ما لا يجبرُ العبدُ على فعلهِ إذا لم يحصل شرطاً لعتقه لم يجبر عليهِ، وإن جعل شرطاً لعتقه، كدخول الدار إذا قال: إن دخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌ، فإذا تقرر هذا الكلام الآن في الموتِ هل تفسخ به الكتابة؟ ولا خلاف أنه لا يفسخ بموت السيد على ما ذكرنا، فإذا مات المكاتب فعندنا تنفسخ بهِ الكتابة ويكون ما في يده لسيدهِ، ومات رقيقاً وبه قال أحمد في روايةٍ، وروى هذا عن عمر وزيدٍ رضي الله عنهما وعمر بن عبد العزيز والزهري وقتادة ولفظ ابن عمرَ: إذا مات المكاتب وقد أدى طائفةً من كتابته وتركَ مالاً كل ما تَركَ لسيده ليس لورثته من ماله شيء، وروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: إذا تركَ المكاتبُ وفاءً بما بقي عليهِ من الكتابةِ عتق، وإن تركَ [٦٥/ب] زيادةً كانت لولده الأحرار وبه قال عطاءٌ وطاوس والنخعيُّ والحسنُ وأبو حنيفة ومالكٌ والثوريُّ. وقد قالَ أبو حنيفة: إن لم يخلف وفاءً انفسخت الكتابة، ومات عبداً وإن لم يخلف وفاءً لم تنفسخ ويؤدى عنه ويحكم بأنه عتق في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياته، ويكون ماله لورثته المناسبين فإن لم يكن كان لمولاهُ. وقال مالكٌ: إن لم يخلف ولداً أو خلفَ ولداً حراً أو مملوكاً ولد قبل عقد الكتابة لا تنفسخ بل يكلف الولد أن يؤدي المال الذي على أبيه، فيعتق ويتبعه الولدُ في الحرية، وإن لم يكن أجبر هذا الولد على الاكتساب والأداءِ، وقد ذكرنا عن مالكٍ خلافَ هذا على ما ذكره القفالُ، وهذا الذي ذكرناه أصحُّ من مذهبهِ، ودليلنا ما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده، أنه قالَ: سمعت رسولَ الله ﷺ يخطبُ يقولُ: «من كاتب عبد على مائةٍ أوقيةٍ فبقي عليهِ عشر أواق أو عشرة دراهم فمات فهو رقيق»، ولأنه مات قبل أداءِ مال الكتابةِ فوجبَ أن تنفسخ الكتابةُ كما لم يخلف وفاءً، وأيضاً فالعقد عقد العتق لأنه يقصد بهِ العتق حقيقة، ومحل العتق قد فات فيستحيل بقاءُ عقد العقد مع فوت المحلِ.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»[1]: لو قالَ سيده بعد موتِهِ قد وضعتُ الكتابة عنه أو وهبتها لهُ أو أعتقتهُ لم يكن حراً، وكان المال ماله بحالهِ لأنه إنما وهبَ لميّتٍ مالَ نفسهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: وإذا مات المكاتبُ فعلى سَيده كفنهُ ومؤنة قبره لأنه عبد، وكذلك لو كان أحضر المال ليدفعه [٦٦/ب] إلى سيده، فلم يقبضه سيدهُ حتى ماتَ، ماتَ عبداً.

(١) انظر الأم (٧/ ٢٨٢).

فَرْعٌ آخرُ

لو قتلَهُ سيدهُ قبل أن يقبضه كانَ ظالماً وماتَ عبداً، وللسيد مالهُ ويعزر سيده في قَتلهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو وكل المكاتب من يدفع إلى سيده آخر نجومهِ ومات المكاتب، فقال: ولد المكاتب الحر قد دفعها إليكَ الوكيلُ وأبي حيٌّ، وقال السيدُ: ما دفعتها إلا بعد موت أبيكَ، فالقولُ قول السيد لأنه ماله.

فَرْعٌ آخرُ

لو أقاموا بينةً على أنهُ دفعها إليهِ يوم الاثنين وماتَ أبوهم يوم الاثنين كان القولُ قولُ السيدِ حتى تقطع البينة على أنه دفعها إليهِ قبل موت المكاتب، أو توقّت؟، فتقول دفعها إليهِ قبل طلوع الشمس يوم الاثنين ويقرّ السيدُ بأن العبد مات يومَ الاثنين بعد طلوع الشمس من يوم الاثنين أو تقوم بينةٌ بذلكَ، فيكون قد عتق.

فَرْعٌ آخرُ

لو شهد وكيل المكاتب بأنّهُ دفع لكَ إلى سيده قبل موت المكاتب لم تقبل شهادته وكذلكَ لو وكل السيدُ رجلاً يقبض من المكاتب آخر نجومهِ، فشهد وكيل سَيّد المكاتب عليهِ وحلفَ ورثة المكاتب مع شهادتهِ وكان أبوهم حرٌ وورثهُ وَرثتهُ الأحرار، ومن يعتق بعتقه هكذا نصَّ عليهِ، ومعناه أن وكيل السيد شهد أنه قبضه من المكاتب، فتقبل شهادته لأنه يشهد على موكلهِ فكان متّهم فيه، ويخالف وكيل المكاتب إذا شهد أن المكاتب دفعه إلى سيده لأنه يشهد لموكله فكان متّهماً فيه، وإنّما حلفَ الوارثِ مع الشاهد الواحدِ على قبضهِ لأن ذلكَ شهادةً على قبض مالٍ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»[1] [٦٧/أ]: وكل ما اكتسبَهُ المكاتب بعد الكتابةُ أو ملكه بوَجهٍ من الوجوه فذلكَ لهُ وكل ما كانَ في يده قبل عقد الكتابةِ فهو لسيده، ولو اختلفَ العبدُ والسيد في مالٍ في يد العبدِ بَعد الكتابةِ، فقال العبد: أفدتُه بَعد الكتابةِ، وقالَ السيدُ: قبلها، فالقولُ قولُ العبدِ مع يمينه وعلى السيد البينة، فإن أقام شاهدين أو شاهداً وامرأتين أو شاهداً، وحلف معَهُ أنه كانَ في يده قبل عقد الكتابةِ، فهو لسيده وكذلكَ ما أقرّ العبدُ أنه كانَ في يده قبل الكتابةِ، ولو شهد الشهود على شيء كانَ في يد العبد، ولم يجد واحداً يد له على أن ذلكَ كانَ في يده قبل الكتابةِ كان القول قول العبدِ حتى يجدوا وقتاً يعلم بهِ أن المالَ كانَ في يدِ العبدِ قبل الكتابةِ، وكذلكَ لو كانَ في يده يومَ الاثنين لغرّة شَهرِ كذا والكتابة كانت في ذلكَ اليومَ. كانَ القولُ قول العبد حتى تحدّ

---

(١) انظر الأم (٧/ ٢٨٣).

البينة حداً يعلم أن المال كانَ في يده قبل الكتابةِ.

ولو شهدوا أنه إن كان في يده في رجب فشهدوا على الكتابة في شعبانَ من سنةٍ واحدةٍ، فقالَ العبد: كاتبني بلا بيّنةٍ قبل رجب أو في رجب قبل الوقت الذي شهدت عليه البيّنةُ فيه كان القولُ قولُ السيّدِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ السيد في كتابته كلما أدى منها نجماً عتق بقدره كانت كتابة فاسدةٌ ويعتق بقسطه لوجود الصفةِ ويسري العتق إلى باقيه وبماذا يرجع السيدُ على مكاتبه وجهان، أحدهما: بجميع القيمة لأن الكتابة أفضت إلى عتق جميعهِ ورجع بما أداه إليه، والثاني: يرجع عليه بقيمةِ البعض الذي عتق منهُ بالصفةِ ولا يرجع عليهِ [٦٧/ب] بقيمةِ ما عتق بالسراية لاختصاص العتق في الكتابةِ بالصفاتِ دون السرايةِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا ماتَ وبقي عليهِ شيء يسير من آخر النجوم بقدر ما يجب عليهِ إيتاؤهُ إليهِ لم يعتق فإن قيل: أليسَ هذا القدر واجباً عليهِ أن يؤتيه، فينبغي أن يعتق ويتقاصّا، قيل: الإيتاء غير معلوم، فلا يسقط عليهِ شيء معلومٌ ولا يقع به المقاصّة لأن على السيّدِ أن يفعله وما عليه أن يفعله لا يقع بنفسه كما لو أوصى بأن يعتق عنه عَبد لم يعتق إلاّ بإعتاق الورثةِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ لعبدهِ: إن كنتَ ملكي فقد كاتبتكَ على كذا فإن كانَ بشك في ملكه لم يجز وإن علمه ملكاً، فهذا القولُ تأكيدٌ لم يضره.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ: إن ملكتُ عبداً فللّهِ عليَّ أن أكاتبه وكانَ بالغاً عاقلاً فملكهُ يلزمهُ عرض الكتابةِ عليهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبده: إن كنتَ مأموناً قادراً على الكسبِ فقد كاتبتكَ بَطلت الكتابة للتعليقِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: كاتبوا أحد عَبيدي وَلم يكن لَهُ إلا واحدٌ كوتب.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «ولو جاءَ بنجمٍ، فقالَ السيّدُ: هُوَ حرامٌ».

الفَصْلُ

ينظر في هذا فإن كانَ مع السيدِ بينةٌ بذلك لم يجبر على أخذهِ، بل يقال للمكاتب:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

إن جئتُ بمالٍ آخر وإلا عجزت لأنه إنما كاتبه على شيء يسلم له أو يمكنه التصرف فيه ولا يحكم بهذه البينة لمن أقامَ له البينة أنه مغصوبٌ منه لأن ذلك لا يدعيهِ، وإن لم يكن معَهُ بينةٌ يحلف المكاتبُ، فإن لم يحلف رُدت اليمين على السيدِ فيحلفُ [٦٨/أ] ويحكم بأنه مغصوبٌ أو حرامٌ، ولا يجبرُ على أخذه، وإذا حَلفَ المكاتبُ يقالُ لسيده: هذا مال محكوم له به فإمّا أن تقبضه منهُ أو تبرئه، فإن أبرأه سقط اليمين عنه وعتق، وإن لم يفعل قبضُهُ الحاكم وعتق المكاتب، ولو أخذه هو عتق المكاتب ثم ينظرُ فإن قالَ السيدُ: هو حرامٌ، ولم يعين صَاحبه يقالُ لهُ: أمسكه في يدك إلى أن يَتبيّن صَاحبه ويمنع من التصرف فيهِ، وإن قال: هو مغصوب من فلانٍ يلزمهُ تسليمه إليهِ، قال: القفال وشهادة السيد أنه مغصوبٌ لفلانٍ لا يقبل بعدما عرض عليه وأن تقبل شهادته ابتداءً على مكاتبة بأنه غصبَ من فلانٍ كذا، فإن قيل: أليسَ قالَ الشافعيُّ في كتاب «التفليس» لو أختلفَ البائع والمفلس، فقال البائع: اخترت عين مالي قبل الإبار والثمرة لي، فقالَ المفلسُ: بل بعد الإبار فالثمرة للغرماءِ فَصدقَ بعض الغرماء البائع في دعواهُ كانَ القول قول المفلس ويأخذ الثمرة من لم يصدق البائع دون من صدقَ، فما الفرقُ بين الموضعين؟، قلنا: قال أبو إسحاق: إنما أرادَ الشافعيُّ إذا اختار المفلسُ ذلكَ لأن له أن يعين قضاءَ الدين من أي المالِ شاءَ، فأمّا إذا أراد أن يعطي من كذبه أجبرَ عليه، وقيل: فيهما قولان، والصحيح الفرقُ وهو أن ههنا إذا لم يجبر السيد على أخذه كان له مطالبته بمالٍ آخرَ ثم يمكنه أن يقول في كل مَالٍ نحمله إليهِ مثل ذلك حتى يؤدي إلى عجزه ورقه، فأجبرناه عليهِ وليسَ [٦٨/ب] كذلكَ الغرماء، فإنهم إذا لم يجبرُوا على أخذ ما صدقوا البائع عليهِ لم يكن لهم مطالبة أخرى بمالٍ آخر فلا يؤدي إلى الإضرار بأحذ فافترقا.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»[(١)]: ولا يجبَرُ السيد إلا على أحدِ ما كاتبه عليهِ فإن كاتبهُ على دنانير لم يجبر على أخذ الدراهم وكذلكَ إن كاتبه على دراهم لم يجبر على أخذِ الدنانير بدلها وإن كاتب على سلعةٍ لم يجبر على أخذ قيمتها.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: وإن جاءه بأجود من ذهبهِ أو ورقهِ أو سلعتهِ كان عليهِ أخذه، بعد أن يجمع ذلكَ صفةً واحدةً ويؤيده جودةً ولو أعطاهُ مكانَ عجوةٍ من التمر صبحاً نيئاً لم يكن عليهِ أخذه وإن كانَ خيراً من العجوةِ، فإن كاتبه على دنانير حدد جياد من ضَرب سنةٍ كذا فأدى إليهِ من ضرب غير تلك السنة كان عليه أخذه وإن كان الذي كاتبه عليها ينفق في بلد ولا ينفق بالذي أعطاه بذلكَ البلدِ لم يجبر على أخذهِ وإن كان خيراً.

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٨٤).

فَرْعٌ آخرُ

لو كانَ السيدُ غائباً فجاءَ بالنجم إلى الحاكم يوم المحل يقبله منه ليعتق، ولا يقبل قبل المحلِ إلا أن يعرف أنه لا ضرَر من السيد في أخذه نص عليه، ولو كان على حُرٍّ دين لرجلٍ غائب، فأتى به الحاكم، فهل يقبله على الغائب؟ فيه وجهان، أحدهما: يقبله، والثاني: لا يقبله لأنه ليس للمؤدى فيه غرضٌ إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب ترك المال في ذمةِ الملي وربما يتلف في يد الحَاكم أمانةٌ بلا ضمان، ويفارق مال الكتابةِ لأنه يتعلق به العتق بخلافِ ذلكَ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «وليسَ لهُ أنْ يتزوجَ [٦٩/أ] إلا بإذنِ سيدِهِ».

اعلم أنه إذا تزوج المكاتب فإن كان من غير إذن سيده لا يجوز، فإن تزوج كان باطلاً كالعبدِ، وقد روي أن النبي ﷺ قالَ: «أيّما عبد نكح بغير إذن سيده فنكاحه باطلٌ» والمكاتبُ عبدٌ.

ولأن في يده إتلاف ما في يده بالمهرِ والنفقةِ، ولا يجوز للمكاتبِ وإن أذن له السيدُ جاز قولاً واحداً لا يختلفُ أصحابنا فيه لأن المكاتب أحسن حالاً من العبد ولو أنّه أذن للعبدِ في النكاح جاز، فالمكاتب أولى ولأن المكاتب حاجةً إلى النكاح ليحصن فرجَهُ ويحصل له الاستمتاع الذي جبل عليهِ الآدمي فلو منعناهُ بإذنه أضررنا به وبهذا يخالف العتق والهبة لا يجوزان من المكاتب مع الأذن في أحد القولين لأنه لا حاجة بالمكاتب إليهما، وأيضاً، فالهبةُ والعتق استهلاكُ مالٍ عاجلٍ والنكاح قد يفضي إلى الاستهلاك وقد لا يفضي، ومن أصحابنا من قال في نكاحِهِ بإذن السيد قولان كما في تبرعاته لأنه إخراج مالٍ لا بإزاء مالٍ ذكره القفالُ، وهذا غير صحيح لما ذكرنا من الفرق، وقال ابن أبي ليلى أن شرط السيدُ على مكاتبه أن لا يتزوج إلا بأمره وجب أن يستأمره وإن لم يشترط جاز أن يتزوج بغير أمره وهذا غلط لما ذكرنا.

فَرْعٌ

قال في «الأم»[٢]: وإن تزوج بإذن سيده لزمته نفقةُ زوجته وإن كانَ له ولد صغير أو كبير زمن محتاجٌ لم تلزمه نفقته وأولادهُ من المنكوحةِ حكمهم حكم أمهم، فإن كانت أمهم حرةٌ فهم أحرارٌ، [٦٩/ب] وإن كانت مملوكةً فهم مماليكُ لسيد أمهم وإن كانت مكاتبة لغير سيده، فليسَ للأب سبيل عليهم وكانوا مرقوقين على حكم أمهم، أو أرقاء لسيدها على أحد القولين، وإن كانت مكاتبة لسيده كانت معه في الكتابة، أو لم يكن فسواء فالأولاد مرقوقون على حكم أمهم أو أرقاءَ على ما ذَكرنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٣]: «ولا يشتري بحالٍ».

للمكاتب أن يشتري الإماءَ للفائدة والربح، ولكن لا يجوز أن يطأ أمةً بغير إذن سيده

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٧٦).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٧٤).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

لأنه ربما يحبلها فتموت في الأداء فيكون فيهِ تغرير بالمال، وإن أذن له السيد في الوطىء، فإن قلنا: العبد إذا مُلِكَ يملك فملكه، وأذن له في الوطىء يحل له الوطىء وإن قلنا: لا يملك لا يحل لَهُ الوطىء وهو الصحيح، وقال ابن أبي هريرة يحتمل أن يجوز له ذلكَ قولاً واحداً لأن إذن السيد للمكاتب لا يكمل ملكه. وقال القفال: هل يحل الوطىء بالإذن؟ قولان كما في الهبةِ بإذن السيدِ، وإن قلنا: إنّهُ يملك بالتمليكِ، وهذا لا يصحُّ على ما ذكرنا في النكاح، وإذا قلنا: لا يحل الوطىء على قولهِ الجديد فخالفَ ووطىء لم يجب الحد للشبهةِ فإن ولدت منه، قال الشافعي: فإن كانَ لستةِ أشهرٍ بعدَ العتق صارت أم ولد له قولاً واحداً، قال أبو إسحاق بجواز أن تكون علقت منه بعد العتق، وإن ولدت لأقلّ من ستة أشهرٍ من حين العتق، قال الشافعي: لا تصير أمَ ولدٍ له لأنها علقت به في ملك ناقصٍ هذا هو المشهور من قول الشافعي. وقال أبو إسحاق: على القول الذي نقول إذا وطئها بشبهةٍ فأحبلها [٧٠/أ] ثم ملكها تَصير أم ولدٍ له، فكذلك ههنا تصير أمَ ولدٍ ونَصَّ على هذا في كتابِ العدة، ذكره القاضي أبو حامدٍ، أعني هذا النصُّ، وهذا الذي ذكره أبو إسحاق فيهِ نظرٌ لأنَّ في تلك، المسألة علقت بحرٍ وههنا علقت بمملوك والنصّ الذي حكاهُ أبو حامدٍ غير مشهورٍ، وقيل: في المسألة وجهان، لأن هذا الولد حرمه الحرية وإن كان مملوكاً لأنه لا يجوز بيعه، وقال القفالُ إن ولدت لستة أشهرٍ، وكان وطئها بعدَ العتق صارت أم ولدٍ، وإن لم يكن وطئها واستبرائها، ثم جاءت بولدٍ لستةِ أشهرٍ لا تصير أم ولدٍ له ولا يلحقه الولد، وإن لم يستبرئها وجاءت من يوم العتق لستةِ أشهرٍ، فهو كما لو كان لأقلّ من ستةِ أشهرٍ لأن العلوق كانَ قبل عتقهِ، ومن أصحابنا من قال: تصير أمَّ ولدٍ له ههنا كما لو أقرّ بوطئها بعد العتق ولا يستند علوقُ الولدِ إلى حالةِ الرق.

قالَ: ومتى حكمنا بالعلوقِ قبل العتق هل تصير الجارية أم ولدٍ؟ فيهِ قولان، أحدهما: تصير أم ولده فلا يبيعها، وإذا عتق استقر أمرُ الاستيلاد فيها وإن رق رق لأنها ملكهُ وثبت لولده منها حكم نفسهِ كالحرِّ يستولد، والثاني: لا تصير أم ولده في الحالِ لتعلق حق السيدِ بها، فإذا قلنا: بهذا فلو عتق هل تصير أم ولده فيه قولان كمن استولد جارية غيره فولد حر ثم ملكها إذ لا تكون جارية المكاتب بأبعد من أن تصير أم ولده من جاريةِ الأجنبي، والصحيح الطريقة الأولى، وأمّا الولد فثابت النسبِ ولا مهر عليه لأن [٧٠/ب] الوطىء صادفَ ملكهُ وإن كان ناقصاً ولا يعتق عليه الولد، ولكنه يتكاتب عليهِ ومعنى التكاتب أنه لا يبيعه ولا يتصرفُ فيه بما يؤدي إلى إزالة الملك، وهكذا لو وهب له ولده ولا يثبت للولد من أحكام الكتابة شيء إلا هذا الحكم الواحد الذي ذكرنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «ويجبرُ السيدُ عَلَى أَنْ يضعَ مِن كتابتِهِ شيئاً».

الإيتاء في الكتابة واجب عندنا وهو أن يحط السيد من مكاتبهِ شيئاً من مال الكتابة

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

أورد عليهِ منه، وقال أبو حنيفة ومالكٌ والثوريُّ هو مستحبٌ غير واجب ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، الآية. فأمرَ بالإيتاء وظاهرهُ الوجوب، وروي عن علي رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً عن النبي ﷺ أنه قال في هذه الآية «ينزل للمكاتب ويحط به ربع الكتابة»(١)، وروينا عن ابن عمرَ رضي الله عنهما أنه كاتب عبداً لخمسة وثلاثين ألفاً ووضع عنه خمسة آلافٍ. قال الشافعي أحسبه قال: من آخر نجومهِ، وروي عن ابن عباسٍ أن عمرَ رضي الله عنهم كاتب عبداً فجاءه بنجمه، فقال: اذهب فاستعن بهِ في كتابتك، فقال: لو تركتَ حتى يكون آخر نجم، قالَ: إني أخاف أن لا أدرك ذلكَ(٢) ثم قرأ قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وروي عن ابن عمر أنه قال في هذه الآية، يقول الله تعالى: «ضعوا عنهم من مكاتبتهم»(٣)، وروي عن فضالة، قال: كاتبني عمر رضي الله عنه فاستقرض من حفصة مائتي درهم فأعانني بها(٤)، فذكرت ذلك لعكرمةَ، فقال: هو قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ [٧١/أ] ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، فإذا ثبتَ هذا، فالكلامُ في الإيتاء في ثلاثة فصولٍ في وقته وجنسهِ وقدره، فأمّا وقته فله وقتان وقت جواز ووقت وجوبٍ، فأمّا وقت الجواز فهو بعد عقد الكتابةِ إلى وقت الأداء، وبعد الأداء والعتق لأن القَصدَ منه منفعة العبد، وهذا يحصل في جميع هذه الأوقات.

وأمّا وقت الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: وقته بعد العتق كوقت المتعة في النكاح بعد الطلاق. والمذهبُ وهو اختيار أبي إسحاق وجماعةٍ أن وقته قبل العتق لأن الله تعالى فرض للمكاتب سهماً من الصدقات، وليس للسيد دفع صدقته إلى مكاتبه فوجب عليه بإزائه الإيتاء والصدقات تدفع إليه قبل العتق فكذلكَ الإيتاء قبل العتق أيضاً، ويفارق المتعة في الطلاق لأن الغَرضَ بها أن لا يخلو العقد من عوض، وذلك يحصل بالإيجاب بعد الطلاق، والغرض بالإيتاء المعونة حتى يحصل له العتق ولا يحتاج إليها بعد العتق ومن أصحابنا من قال: تجبُ بالعقد ويتضيّق وجوبه عند آخر نجومهِ، قال أبو إسحاق: وإنما يتعين عليه إذا بقي عليه من مال الكتابةِ قد ما يلزمه أن يدفعه إليهِ، وقيل: ذلك لا يتعين عليهِ ومنهم من قالَ: يجب إذا استأدى منه شيئاً بعد العقد وجوباً موسعاً ويتضيّق عند آخر نجومه لأن الله تعالى قال: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، فلا بد من أن يحصل من جهةِ المكاتب إيتاءُ شيءٍ حتى يتناوله الأمرُ بذلكَ. وحكى القفال عن بعض أصحابنَا [٧١/ب] أنّهُ قالَ: إذا حط أو أتاهُ مالاً قبل آخرِ النجوم لا يجوز بل أن يحصل العتق بحطهِ أو يؤتيَهُ بعد العتق ليحصل فيه كمال التمليك.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٦٧)، وفي «معرفة السنن» (٦١٠٧).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٧١). (٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٧٥).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٦٧٢).

وأمّا جنسُهُ فالسيدُ بالخيار بين أن يحط بعض ما عليهِ وبين أن يدفع إليه من عنده، فأمّا الدفعُ من عنده ثابت بنص الكتاب والحط ثابت بالسنةِ بدليل ما ذكرنا من الأخبار والحط أولى من الإيتاء لأنه ربما يصرفه في مال الكتابةِ، وربما لا يصرفه وإذا حط تحقق نفعه بهِ فكان الحط أولى، وقال الشافعي رضي الله عنه في «الأم»(١): ويجبر سيدُ العبد على أن يضع عنه مما عقد عليه الكتابة شيئاً ومهما وضع منه لم يجبر على أكثر منه وهذا يدل على أن الحط هو الواجب، وقال بعض أصحابنا الأصل هو الإيتاءُ أم الحط فيه وجهان، أحدُهما: الأصل هو إيتاءُ، ومعناهُ إذا أدى جميع النجوم يؤتيه السيدُ مالاً يتعيش به أياماً ليهيىء أمر نفسهِ والحط يقوم مقام الإيتاء، والثاني: الحطُّ هو الأصل، والإيتاء يقوم مقامَهُ لأنه لا معنى للأخذ منه والرد عليهِ، وهذا خلاف النص الذي ذكرنا، فإذا تقرر هذا فالحط لا يتصور إلا من مال الكتابة وفي الإيتاء مسائل، أحدُها: أن يدفع إليهِ من نفس المال الذي أعطاهُ فيجوز ذلكَ، والثانيةُ: أن يعطيهُ من غير الجنس الذي كاتبه عليه لا يجوز بلا خلافٍ لأن الله تعالى أمرَ أن يعطى من مال الله يعني مما كوتب عليهِ، وليس هذا منه نص على هذا في «الأم»، وقال: إلا أن يشاءَ العبد أن يأخذَهُ، والثالثةُ: أن يعطيه من غير المالِ الذي أعطاه، إلا أنه من جنسه، فالمذهب أن ذلك لا يجوز [٧٢/أ].

ومن أصحابنا من قال: يجوز لأنه ليسَ بآكد من الزكاةِ لو عدلَ عن العين إلى جنسه جاز، فهذا أولى وهذا غلطٌ لظاهر الآية، وهي قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمۡ﴾ [النور: ٣٣]، وهذا غير ذلكَ هذا ذكره بعض أصحابنا، وقال القاضي الطبري: المشهور أنه يجوز ذلكَ. ومن أصحابنا من غلط، فقال: لا يجوز لأن الشافعي قالَ: ويعطيه مما أخذَهُ. والجوابُ عنهُ أن الشافعي أرادَ من جنسه لا من عينه، وهذا أصح عندي ومعنى قوله: لا يجوز، أي لا يجبَرُ على قبوله فإن وصى المكاتب فلا شك في جوازه.

وأمّا قدر الإيتاء فليس بمحدودٍ بل للسيد أن يدفع إليهِ ما شاء مما يقع عليهِ اسم المال وإن كان حبةً نصّ عليهِ في «الأم». وقال أبو إسحاق: يعتبر بمال الكتابةِ فيضع على حسب قلّته وكثرته، فإن تراضى العبدُ والسيدُ على شيء منهُ، وإلا رفع إلى الحاكم حتى يجتهد فيهِ فيضع عنه ما يؤدي إليهِ اجتهادهُ كما نقول في المتعة على الموسع قدره على المقتر قدره، وهذا له وجهٌ، ولكن خلاف نصّ الشافعي رضي الله عنه. والمستحبُّ أن يضع ربع الكتابة للخبر الذي ذكرنا، ومن أصحابنا من قال: الثلث وليس بشيء.

فرعٌ

لو أدى جميع مال الكتابةِ وامتنع السيدُ من الإيتاء، فللمكاتب أن يطالبَهُ بهِ متى شاءَ

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٨٤).

فإن مات قبل أن يعطيَهُ أو يضع عنه، قال في «الأم»: يجبرُ ورثتهُ على ذلكَ وَلا يسقط الدين بموتهِ، بل يتعلق ذلكَ بتركتهِ كدين الحر سواءً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ في «الأم»: فإنْ كانَ ورثتُهُ [٧٢/ب] صغاراً وضع الحاكمُ عنه أول ما يقع عليهِ اسمُ الشيء وما زاد سيد المكاتب أو ورثته إذا كانت أمورهم جائزة فهم متطوعونَ بهِ، وإن كانَ هناكَ وصي الورثةِ فعل الوصي ذلكَ، ويجبر الحاكم أن يعطيَهُ أقل الأشياءِ، فإن كان على الميت دينٌ أو وصيةٌ جعل للمكاتب أدنى الأشياءِ يحاصصهم فإن مات السيدُ فأعطى وارثه المكاتب أكثر مما يقع عليهِ اسمُ الشيء كان لمن بقي من الورثةِ رده، وكذلك لأهل الدين والوصيةِ، وهكذا سيده إذا أفلسَ كان للغرماءِ رد الفضل، والشيء كل ماله ثمنٌ وإن قلّ وكان أقل من درهم فإن كاتب على دنانير فأعطاهُ حبةَ ذهبٍ أو أقل ما له ثمن جاز، وهذا كله نص على أنهُ غير مقدّر.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «فإن ماتَ السيدُ بعدَ قبضِ جميعِ الكتابةِ حاصّ بالذي لهُ أَهلُ الدَينِ والوَصايا».

قالَ المزنيُّ: يلزمهُ أن يقدمه على الوصايا على أصلِ قولهِ، وهذا كما قالَ: قالَ أصحابنا: معنى قول الشافعي أن الذي للمكاتب مقدّم على الميراث ولم يرد به أنه يساوي الوصية ولو جاز أن يحمل على ذلكَ لوجبَ أن يكونَ الدين مُساوياً للوصايا لأن الشافعي سوى ها هنا بين الجميع وقيل: أراد الشافعي بقوله: حاص أهل الوصايا أي ساواهم في وجوب حقهِ لا في التقديم والتأخير، وقالَ القاضي الطبريُّ هذا اللفظ نقلَهُ المزني على المعنى وليس هو من كلام الشافعي، وإنما قال الشافعي في «الأم»[٢]، فإن كانَ على الميت دين أو وصيَّةٌ يجعل للمكاتب أدنى الأشياء يخاصمهم بهِ، [٧٣/أ] وإنما أراد به يحاصّ أهل الدين فنقل المزني هذا الكلامَ على المعنى، وجعله صريحاً فيهِ ليعترضَ عليهِ، وقيل: غلط الكاتب وإنما هو حاصّ أهل الدين دون الوصايا وفي هذا نظرٌ، وقال أبو إسحاق من أصحابنا من قالَ: إنما أجراهُ الشافعي مجرى الوصايا لأنه ليس بشيء محدودٍ، فيضرب بهِ مع الغرماءِ وإنما يمكنه أن يضرب بهِ مع الغرماء إذا كان له حدّ معلومٌ. قال أبو إسحاق: والأول أشبه بمذهبِهِ ومن أصحابنا من علل لهذا الوجهِ بأن هذا الدين ضعيف لأنه غير مقدر، فَسوّي بينَهُ وبينَ الوصايا لضعفهِ، وهذا ليس بشيء لأنه لو كانَ كذلكَ لما جاز أن يُسوّي بينه وبين الديون الواجبة، ومن أصحابنا من قال: أرادَ بأهل الوصايا أهل الديون الذين تثبت ديونهم بالإقرار في حال المرضِ. ومن أصحابنا من قالَ: أرادَ إذا كان السيدُ أَوصى عند موتهِ بأن يدفع إلى مكاتبة أكثر من القدر الذي يستحقه فيكون، القدر الذي يستحقه من الإيتاء ديناراً واجباً يحاص به أهل الديون وما زاد على ذلكَ يحاص به أهل الوصايا.

أو أرادَ أن القاضي فرض له شيئاً باجتهادهِ ورضي به الوارث، فهو زيادة على ما

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٦٤).

يلزمهُ ورضي به أهل الوصايا دون أهل الديون فبالأقل يحاص أهل الديون وبالزيادة يحاص أهل الوصايا وهذا ضعيفٌ، وقيل: أراد ديوناً موصى بقضائها فيحاصها وسائر الديون بالقدر الذي قدر الحاكم لهُ. قال القفالُ: وهذا كلهُ إذا كان قد استهلكَ السيد ما قبض، [٧٣/ ب] فإن كان العين باقياً أو بعضهُ باقياً، فما قدره الحاكم يؤخذ من تلك العين من غير مزاحمةٍ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «وليسَ لِولي أنْ يكاتبَ عبدَهُ».

كل من يلي مال الطفل أو المجنون من أب أو جد أو وصي أو حاكم أو قيم من جهةِ الحاكم لا يكاتب عبده، وقال مالكٌ وأبو حنيفة وأحمد: يجوز، وزاد أحمد، فقال: يجوز عتقه على المالِ أيضاً، وهذا لا يصح لما قالَ الشافعي: إنه لا نظرَ له فيهِ، وأرادَ أن الكتابة عتق العبد بكسبه وكسبُه لسيده لو لم يكاتبه فلا يكون لليتيم فيه حظٌ ولا نظرٌ، فإن قيل قد يكاتبه على أكثر من ثمنه أضعافاً ويدفع إليهِ من صدقاتِ المسلمين ولو تركه وكسبَهُ لم يره إلا شيءٌ يسير، قلنا: قد يكسبُ ويتلفُ ثم يعود إلى الرق فلا يحصل في يد السيدِ إلا رقبته بعد تلفِ كسبهِ مدة كتابتهِ فإذا تقرّر هذا فإن كاتب واحدٌ منهم، فالكتابةُ فاسدةٌ فإن أدى العبدُ المال لم يعتق لأن المعاوضة باطلةٌ والعتقُ بالصفةِ إنما يقعُ، فمن يملك إيقاعَهُ والولي لا يقدر على إعتاق عبد الطفلِ بصفةٍ ثم المال الذي أدى منه حلالٌ لسيده، وإن أعطى من سهمِ الرقاب رجع الوالي عليهِ فأخذه ممن صار إليه، لأنه ليسَ من الرقابِ.

فَرْعٌ

قال الشافعي رضي الله عنهُ: ولو كان العبدُ بين محجورٌ عليه بائع أو صبيٍّ وبين رجلٍ يلي نفسَهُ لم تجز كتابته أذن فيها المحجور عليه ووليه أو لم يأذن فإن أدى عتق نصيبُ غير المحجور عليهِ وتراجعَ هو والعبدُ [٧٤/ أ] بنصف قيمةِ العبدِ وعتق كله عليهِ إن كانَ موسراً وضمنَ المحجور عليه نصف قيمته مملوكاً، ولا يرجع على المحجور عليهِ بشيء أخذه منه لأنه أخذه من عبده، وأرادَ بهِ ما أخذه في حال كتابتهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»(٢): لو كاتب الصبي عبدَهُ لم تجز كتابته سواءٌ أذن أبوهُ في ذلكَ القاضي أو نائبه وكذلكَ لو أعتقَهُ على مالٍ يأخذه منهُ لأن الصبي ممن لا يجوز عتقهُ وعند أبي حنيفة تجوز كتابته بإذن السيد.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو كاتب محجور عليهِ عبدَهُ لم يجز ولو أدى إليه لم يعتق سواءٌ أدى إليهِ قبل أن يطلق الحجر عنه أو بعدما أطلق. وهكذا لو قالَ لهُ إن دخلت الدارَ فأنت حرٌ، ثم

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٦٥).

أطلق عنه الحجر، ثم دخل الدار لم يعتق يحددُ يميناً أو عتقاً بعد إطلاق الحجر.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: لو ادعى عبدٌ على سيده أنه كاتبَهُ، فقالَ: كاتبتكَ، وأنا محجور، وقال العبدُ: كاتبتني وأنت غير محجور عليكَ، ثم حجر عليك، فالقولُ قول العبد، وعلى السيد البينة. قال القاضي أبو حامدٍ وإن كان السيّدُ في حجرٍ أطلق عنه، أو كانَ به جنونٌ، فالقول قوله مع يمينه، وما ادعى من الكتابة باطلٌ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[1]: ولو كاتبَ السيدُ عبده، وهو غير محجور عليهِ ثم حجر على السيد كانت الكتابةُ ثابتةً ويستأدي وليه الكتابةَ، فإذا أدى العبد فهو حرٌ، ولو دفعَ إلى المحجور عليه لا يعتق لأن قبضَهُ لا يصح ذكره أصحابنا وإن أطلقَ عنه الحجر بعد ذلكَ لا يعتق أيضاً. وقال بعض أصحابنا بخراسان [٧٤/ب] إذا دفعَ إليه وقلنا: لا يعتق ثم أطلق الحجر عنه من بعد هل يعتق بالإيتاء السابق قد قيل: قولان، وقيل: قولاً واحداً لا يعتق لأن الحجر عليه لا لغيره.

مَسْأَلَةٌ: قال[2]: وَلوِ اختلفَ السيدُ والمكاتبُ تحالفَا وترادَا.

هكذا نقل المزني وقال في «الأم»[3] إذا تصادق السيدُ والعبدُ على أن كاتبه كتابةً صحيحةً واختلفا في الكتابة، فقال السيد: كاتبتكَ على ألفين، وقالَ العبدُ: على ألفٍ تحالفا كما يتحالفُ المتبايعان ويترادان فمن أصحابنا من قال: لفظ التراد غلطٌ من الكاتب في هذه المسألة لأن العتقَ لا يرد إذا وقع وهذا يتبين من كلام الشافعي في «الأم» لأنه ذكر التراد فيما شبه الكتابة به من اختلاف المتبايعين لا في الكتابةِ ومن أصحابنا من قال: المراد به فسخ الكتابة وهو صحيحٌ وجملته أنه إذا اختلفا في مقدار الكتابةِ أو في مقدار النجوم، أو في مقدار الأجل، أو في جنس مالِ الكتابة فإنهما يتحالفان، وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ. وقال أبو حنيفة: القول قولُ المكاتب وعن أحمد ثلاث روايات: إحداها كقولنا، والثانية: كقول أبي حنيفة، والثالثة: القولُ قول السيد، ودليلنا أنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما، وليس مع **أحدهما** بينة فيتحالفان كما في المتبايعين إذا اختلفا في الثمن.

فإن قيل: القياسُ أن لا تحالف، ولكن أثبتناه في البيع للخبر، قيل: القياسُ هو التحالف لأن كلَّ واحد منهما مدعي ومدعى عليه ولأن في الإجارة يثبت التحالفُ، [٧٥/أ] ولم يرد فيها الخبر، فلم يصح ما قالهُ، فإذا تقرر هذا وتحالفا انفسخ عقد الكتابةِ فإن كانَ قبل العتق عاد العبدُ رقيقاً كما كان وهذا إذا قلنا: ينفسخ البيع

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٦٤).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).
(٣) انظر الأم (٧/ ٣٧٣).

بالتحالفِ من غير حكم الحاكم فأمّا إذا قلنا: في التحالف لا ينفسخ البيع ما لم يفسخ الحاكم بعد التحالف لا يعود العبد رقيقاً ههنا بنفس التحالف بل إذا تراضيا على شيء بعد التحالف أقرا عليه وعتق العبد بأدائهِ، وإن لم يتراضيا فسخها الحاكم ثم يعود العبدُ رقيقاً، وإن كانَ بعد الأداءِ ووقوع العتق لم يرد العتق ولكنهما يتراجعان بالقيمة لأن العقد ينفسخ ويسقط المسمى فيكون بمنزلةِ الأداءِ في الكتابةِ الفاسدة فيثبت التراجعُ، فإن قيل: كيف يتصورّ اختلافهما بعد عتقه، قيل: ذكر الشافعي في الإملاءِ وحرملة صورةَ ذلكَ، فقال: قال الشافعيُّ: لو أن رجلاً جاءَ إلى الحاكم ومعهُ عبدٌ له، فقالَ: كاتبتُ عبدي هذا كتابةً صحيحةً على ألفي درهم وقبضها منهُ فعتق، وقال العبد: صدق في كل ما قال إلا في الألفين فإنّهُ ما كاتبني إلا على ألفِ درهم وأعطيتهُ ألفين على أن يكون لي عنده ألفٌ، وليسَ لواحدٍ منهما بينةٌ تحالفا كما يتحالف المتبايعان الحران، وكان للسيد على العبد من الألفين قدر قيمته، فإن كانت قيمتُه أكثر من ألفين رجع السيدُ بالفَضلِ عليهِ فإن أقاما جميعاً البينَة، فقال بينةُ العبد كاتبه في شهر رمضان من سنةٍ كذا على ألفٍ، وقال: بينةُ السيد كاتبه في شوالٍ من تلك السنة على ألفين، [٧٥/ب] واتفقا على أن الكتابةَ كانت واحدةً، قال الشافعي: كان هذا اكذاباً من كل واحدةٍ من البيّنَتين للأخرى ويتحالفا وهو مملوكٌ بحاله وإن لم يتفقا على أن الكتابةَ كانت واحدةً. قال الشافعي: البيّنةُ المتأخرة أولى لأنهما قد يكونان صادقين فتكون كتابته في شهر رمضان ثم انقضت الكتابةُ وأحدث له كتابة أخرى، قال الشافعي: إلا أن تكونَ البينةُ الأولى أنه أدى وعتق، فتكون البينتان مُتعارضتين لأنه لا يمكن أن يكون مكاتباً بعد العتق.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»(١): ولو شهدت بينَةُ المكاتب أنه كاتبَهُ على ألفٍ وأداها السيد ألفاً وشهدت بينَةُ سيده أنه كاتبه على ألفين فأدى ألفاً ولم يوقت البينتان لم يعتق المكاتب وتحالفا وتراد الكتابةُ من قبل أن كل واحدة من البينتين تكذّبُ الأخرى فليست إحداهما بأولى أن تقبل من الأخرى، فجعل الشافعي البينتين المطلقتين في التعارض مثلَ البينتين المؤرختين.

وقول الشافعي: تحالفا وترادا دليلٌ على صحةِ لفظ التراد في المسألة الأولى، وإن المراد به فسخ العقدِ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»(٢): ولو شهدا معاً بهذه الشهادة واجتمعا على أن السيدَ عجله العتق، وقالت: بينة السيدِ جعل الألفَ ديناً عليهِ وأخّر ذلكَ أنفذتُ له العتق لاجتماعهما عليهِ،

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٨١).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٨١).

وأحلفت كل واحدٍ منهما لصَاحبهِ ثم جعلتَ على المكاتب قيمتَهُ لسيدهِ كانت أكثر من ألفين أو أقل من ألفٍ.

ولو تصادقا على أن الكتابةَ بألفٍ في كل سنةٍ منها كذا فمرت سنون، فقال السيد: لم يؤدِ إلي شيئاً، وقال العبدُ: [٧٦/أ] أديتُ إليه جميع النجوم كانَ القولُ قول السيدِ مع يمينه، وعلى المكاتب البينة فإن لم يقم بينه وحلف السيد، قيل للمكاتب: إن أديت جميع ما مضى من نجومكَ الآن وإلا فلسيدكَ تعجيزكَ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو قالَ السيّدُ: قد عجزتهُ وفسخت كتابته وأنكر المكاتب أن يكونَ فسخ كتابته كان القولُ قول المكاتب معَ يمينه، ولا يصدقُ السيدُ على تعجيزه إلا ببينةٍ تقومُ على حلول نجم أو نجومٍ على المكاتب، فيقول: ليس عندي أداءً ويشهد السيد أنه فسح كتابته، فيكون كتابةً مفسوخةً سواء كان هذا عند حاكمٍ أو غير حاكمٍ.

فَرْعٌ آخرُ

قال: ولو ادعى على سيده أنه كاتبَهُ وأقام بينةً بكتابتهِ ولم تقُل البينةُ إلى وقت كذا لم تجز الشهادةُ وكذلكَ لو قالَ: كاتبه على مائةِ دينارٍ، ولم يثبت في كم يؤديها وكذلكَ لو قالَ: مائة دينار منجمةً في ثلاث سنين، ولم تقل في كل سنةٍ ثلثها، أو أقل أو أكثر لا تجوز الشهادةُ حتى يؤقتا المال، والسنين وما يؤدى في كل سنةٍ، فإذا انقضت البينَةُ من هذا شيئاً سقطت وحلفَ السيدُ وكان مملوكاً وإن نكل حلفَ العبدُ وكانَ مكاتباً على ما حلفَ عليهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو أقامَ بينةً على أنه كاتبه وأدى إليهِ فعتق، أو أقامَ بينةً على أن سيده أقرّ أنه كاتبه على أنه إذا أدى فهو حرٌ، وأنه أدى إليهِ وجحد السيدُ وادعى أن الكتابة كانت فاسدةً أعتقتهُ عليهِ وأحلفتُ العبد على صحة الكتابةِ، فإن حلفَ بريء وإلا حلفَ السيدُ وترادا القيمةَ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «ولو ماتَ العبدُ المكاتبُ وكانَ لهُ ولدٌ مِن امرأةٍ معتقةٍ».

الفَصْلُ

صُورة المسألةِ [٧٦/ب] أن يكاتب عبداً فتزوّج بحرةٍ معتقةٍ فأتت بولدٍ يكون الولد حُرّاً وولاءُهُ إلى الأم لأنه عتق بعتقها، فإن أدى الأبُ مالُ الكتابةِ عتقَ وجر ولاءَ ولده عن موالي الأم إلى موالي نفسهِ.

ولو قال السيدُ في حال حياة المكاتب قد أدى إلى كتابته عتق بقولهِ وانجر الولاءُ إليهِ، وإن لم يكن صادقاً لأنه يجعل هذا الكلام منه ابتداءً إعتاقٌ وإبراءٌ.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

وإن مات العبدُ فقامت البينَةُ أن السيد أقرّ بقبض النجوم في حياتِهِ فكذلكَ الحكم، وإن لم تقم البينَةُ ولكنه يقرّ بعد موتِهِ بأنه كانَ قد أدى المال وعتق ويدعي ذلكَ لجرّ الولاءِ. وقالَ موالي الأم مات قبل الأداء، فالولاءِ لنا، فالقولُ قولُ موالي الأم لأن الأصل بقاءُ الولاء لهم، فلا ينتقلُ عنهم إلا بيقينٍ ويحلفُ مولى الأم على العلم أنه لا يعلم ذلكَ. قالَ في «الأم»: ودفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار بإقرار سيده أنهُ ماتَ حراً وهذه الصورة مسألة الكتاب.

فَرْعٌ

لو أقرّ السيدُ في مرضِهِ أنه قبضَ ما على مكاتبه حالاً كان على المكاتب أو مؤجلاً صدقَ، وليس هذا بوصيةٍ وإنما هو أقرّ ببراءةِ دينٍ كان عليهِ، فهو كما يصدقُ على إقراره لحر ببراءةِ دينٍ له عليهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «ولو قالَ: استوفيتُ مَا على مكاتِبيْ أقرعَ بينهُمَا».

صُورةُ المسألةِ: أن يكون مكاتبان فأقرّ أنه استوفى ما لهُ على **أحدهما** وكانت كتابتهما سواءً أو أقرّ أنه أبرأ أحدَهُما ما عليهِ، وإنما أشكل عليهِ عينه، قالَ الشافعي: يقرع بينهما ولا خلافَ أنه لا يقرعُ ما دامَ السيدُ حياً بل يرجع إليه، [٧٧/أ] فيُقالُ لَهُ: تَذكر، وأخبر به، فإن الظاهرَ من حالِ الإنسانِ أنهُ إذا نسي شيئاً تذكره وأخبر عنهُ، فإن تذكّر وأخبر به يعتق الذي أخبر به، فإن ادعى الآخر أنه هو الذي عتق، فالقولُ قول السيدِ فيحلف لَهُ وتسقطُ دَعواهُ، فإن نكل عن اليمين حلفَ العبدُ وعتق أيضاً وإن لم يتذكر حلفَ لهما إذا تداعياهُ.

ثم الحكم فيهما بعد اليمين اختلفَ أصحابنا فيهِ على وجهين، أحدهما: أن يكون كل واحدٍ منهما على كتابتهِ، ولا يعتق واحدٌ منهما إلا بأداءِ جميع المالِ وحكي عن الشافعي هذا الوجه لأن كل واحدٍ منهما لم يستقر لهُ الأداءُ، والثاني: أن الدعوى ترد على المكاتبين حتى يتحالفا على الأداءِ، فإن حلفا أو نكلا كانا على الكتابةِ لا يعتقان إلا بالأداءِ وإن حلفَ أحدُهما ونكل الآخر قضى بالأداءِ للحالفِ منهما دون الناكِل وعتق، وكان الناكلُ على كتابتهِ، وإن مات السيدُ قبل البيانِ، ففيه قولان، أحدهما: يقرع بينهما لأن الحريّة قد تعينت في **أحدهما** لا بعينه فوجبَ تمييزُ ذلكَ بالقرعةِ، ولأن معنى ذلكَ أن **أحدهما** حرٌ والآخر مملوك فهو كما لو قالَ أحدكما: حرٌ، ولم يبين ومات وأرادَ واحداً بعينه لأن العتق قد تعيّن في الذي أدى الكتابةَ والسيدُ مخبر عنهُ، والثاني: لا يقرع بينهما لأن **أحدهما** قد عتق، فلو أقرعنا أدى إلى نقل الحريّةِ من شخصٍ إلى شخصٍ ولا سَبيل إلى ذلكَ.

وإذا قلنا: بهذا رجعنا إلى الورثةِ، فإن ذكروا أنهم يعرفونَ ذلكَ حكمنا بحريّةِ المعيّن

---

(١) انظر الأم (٥/٢٧٦).

بإقرارهم فإن ادعى الآخرُ ذلك يحلفونَ لَهُ، فإن نكلوا عن اليمين حلفَ العبدُ [٧٧/ب] أن الأولَ بالإقرارِ، والثاني: يرد اليمين وإن ذكروا أنهم لا يعرفون ذلكَ حلفَوا لكلِ واحدٍ منهما ويستوفون المالَ منهما جميعاً كرجل له دينٌ على رجلين أقرّ أن **أحدهما** بريء مما عليهِ ولم يعينه ومات فالورثَةُ يحلفون لكل واحدٍ منهما ويستوفونَ الدينين معاً كذلكَ ههُنا.

ومن أصحابنا من قال: بيان الورثة مقدمٌ على الإقراع في العتقِ المعينَ وهذا عتقٌ مُعيّن، فإن قالَ الوارث: لا أعلم يقرع حينئذٍ على ما ذكره الشافعي ذكرها القاضي الطبريُّ وهذا أصح عندي، وقال صاحب «الشامل»: عندي أنه إذا حلفَ الوارث لهما أنه لا يعلم عين المؤدي منهما، وقلنا: لا يقرع فقالا: نؤدي على أحدنا إن كانت الكتابتان سواء، وإن اختلف المالان، فقالا: نؤدي الأكثر منهما ليعتق. كان لهما ذلكَ لأنه إذا أدى ذلك فقد ثبت أداءُ جميع ما عليهما بحكم الإقرارِ السابق، وهذا حسن عندي.

فإن قيل: أليسَ لو قالَ: استوفيت ديني من أحدِ الغريمين ولم يبين، ومات لا يقرعُ بينهما فما الفَرق؟ قيل: الفَرقُ أن ههنا في ضمن الاستيفاءِ عتقاً والإقراعُ لحق العتق لا لتبيين الاستيفاءِ، وهناكَ استيفاءٌ محض، فلا تشرع القرعة ونظيره لو قالَ: استوفيتُ بعضَ نجوم، **أحدهما** ولم يبين لا يقرع لأن العتق لا يحصلُ به، بل الأمرُ موقوفٌ.

فإن قيل: هلا اعتبرتم ظاهرَ اللّفظ وهو الاستيفاءُ حتى لا يقرعُ كما قلتم لو علق عتقَ المكاتب بدخول الدارِ صحَّ وإن علقَ الإبراءَ به لا يصحُّ، قلنا: لأنه إخبارٌ وليسَ بإنشاءٍ، وفي ذلكَ المخبرِ عنه استيفاءٌ، وعتقٌ، والعتقُ مُغلبٌ [٧٨/أ].

وإذا أقرعنا، فخرجت القرعةُ لأحدهما عتق، وقد حصلت البراءةُ تبعاً للعتق وبقي الآخر مكاتباً. وإن ادعى أحدُهما على الورثةِ فأنكر له حصل بإنكارهِ الإقرار للآخر.

ثم رجع الشافعيُّ رضي الله عنه إلى مسألة الخلافِ، فقال: والمكاتبُ عبدٌ ما بقي عليهِ درهمٌ، قال: وكيف يموتُ عبداً ثم يصير حراً بالأداءِ بعد الموتِ؟، وإذا كان لا يعتق في حياةِ السيدِ إلا بعد الأداءِ فكيف يَصح عتقه إذا ماتَ قبل الأداءِ؟ وهذا ذكرَهُ دَليلاً على أبي حنيفة رحمه الله.

مَسْأَلةٌ: قالَ[1]: «ولو أدى كِتابتَهُ فعتقَ وكانَ عَرضاً فأصابَ السيدُ بهِ عيباً فردَّهُ».

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن الكتابةَ على العرض جائزة كما تجوز على النقود لأنهُ تثبت في الذمة سلماً، فإذا كاتب على عرضين موصوفين إلى أجلين مَعلومين، فأدّاهما على صفتها، فإنهُ يعتق في الظاهرِ لأنه أدى المالَ الذي وقعت الكتابة عليهِ، فإن أصابَ السيدُ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

بالعرضِ عَيباً فله رَدهُ، وإمساكه لأنه ملكه بمعاوضةٍ ولا فرق عندنا بين العيب اليسير والكثير. وقالَ أبو حنيفة لا يرد بالعَيب اليسير، فإن اختار الإمساك سقط حكم الرد واستقر ملكهُ على المأخوذِ واستقر العتق، وإن اختارَ الرَّدَ فردهُ وعجز ارتفعَ العقدُ، وارتفع العتق الواقع له كالمشتري إذا رَدّ المبيعَ بالعيب ويفارق هذا إذا قالَ لامرأتِهِ: إن أعطيتني ثوباً فأنتِ طالقٌ وأعطته ثوباً فإنها تطلقُ فلو وجدَ بهِ عيباً، فردهُ لم يرتفعُ الطلاقُ لأنّ المغلبَ هناكَ حكم الصفةِ وههنا المُغلّبُ حكم المُعاوضةِ، [٧٨/ب] فإذا ردّهُ ارتفع حكمهُ كالبيع، وقالَ أحمد: لا يرتفع العتقُ الواقع به إذا ردّ لأن المالَ فيها غيرُ مقصود كما في الخلع وهذا غلطٌ لما ذكرنا، فإن قيل: إذا اختار الإمساكَ ينبغي أن لا يعتق لأنه لم يعطِهِ جميع ما وقع عليهِ العقدُ كما لو كاتبه على عشرة فأعطاهُ خمسةً أو تسعةً لا يعتق، قلنا: إذا أمسكَ المعيب فقد رضي بإسقاط حقهِ منه فجرى مجرى ما لو أبرأهُ مما بقي من مالِ الكتابةِ، ولأن سلامة الصفة اقتضاها العقد والقدر منصوص عليهِ فتعلق العتقُ بهِ لأن حكم الصفةِ أخف وكفى في سقوط حقهِ منها إمساكه، وقالَ أبو إسحاق: العتق قد وقع بقبضهِ معيباً لأن كونه معيباً لا يمنع كونه ملكاً للقابض إلى يفسخ ذلك، وإذا كانَ ملكه وجبَ أن يعتقُ المكاتب لأنه لا يجوز أن يجتمع في ملكه البدلُ والمبدلُ، ويقال للسيّدِ إن رضيت به فالعتقُ نافذ من يوم قبضتَ، وإن لم ترض به فردّهُ بالعيب فإذا ردّهُ عادَ مكاتباً، وقيل له: إن أعطيتَهُ سَليماً من العيب فليسَ له تعجيزك، فإذا عجزت عن ذلكَ، فليس عليهِ الصبرُ ولهُ تعجيزكَ ورد الكتابةُ.

قال الماسرجسي: وبعض أصحابنا إذا وجدَ العيبَ تبينّا أن العتقَ لم يقع فإن أمضاهُ ورضي به عتق من وقت الرضا وإن ردّ لم يقع العتق. وقول الشافعي ورد العتق ليسَ على ظاهره لأن العتق لا يرد بعد وقوعه، وإنما لم يقع العتق لأنه إذا وجد به عيباً تبينّا أنه لم يأت بالعوضِ الذي وصفَهُ كالمسلم إليهِ إذا أتى بالمسلم فيهِ بغير صفَتِه، فإن المعقود عليهِ [٧٩/أ] لم يسلمه والذي يدلُّ عليهِ أن الشافعي شَبّهه بدفع دنانير نِقص، وَلا شكّ أن العتق لا يقع بدفع دنانيرنا فضةٍ. قالَ: وقد قالَ الشافعي في كتاب الخلع: إذا خالع بعبدٍ بعينه فوجد بهِ عيباً ردّهُ، وكانَ له عليها مَهرُ مثلها، وإنما أوقع الطلاق لأن العقد وقع على عوضٍ موصوفٍ، فإن كانَ به عيب لم يسلّم ما وقع العقد عليهِ، قالَ: والدليل على أن العتق إذا وقع لا يُرفعُ أن الشافعي، قالَ: ولو قالَ: أنا عبدُ فلانٍ، فأنكره وقالَ: ليسَ لي عتق، فإن أقرّ بعده لغيره لم يقبل منه ولا يرفعُ عتق واقعٌ.

ولأن الشافعي قالَ: إذا اختلفا في مقدارِ مالِ الكتابةِ بعد قبضه تحالفا ويرجع إلى قيمته، ولا يرفع العتق فصحّ أن العتق لم يصح في هذه المسألةِ، وهذا إذا كانت السلعةُ قائمةً، فأمّا إذا كانت فائتةً، قالَ أبو إسحاق: عادَ إلى الكتابةِ من يوم المعيب لأنه بالتلفِ وجب للسيد أرشه فكأنه من ذلكَ اليوم قد بقي من الكتابة مقدار أرش العيب، فيكون مكاتباً من ذلكَ الوقت، فيقالُ له: إن أعطيتهُ نقصان العيب من وقتكَ وإلاّ فلسيدكَ تعجيزك، وَلم يقل: يرد العتق، فلو كان العتق باقياً معَ تلف السلعةِ كبقائه إذا

كانت باقيةً لاحتاج أن يرد العتق أولاً ثم يعجز، وقالَ القَفالُ: لو رضي بالعيب بعدما علم به، وفاتت السلعةُ ففي وقت العتق وجهان، أحدهما: من يوم الدفع، والثاني: من يوم الرضا، قالَ وإذا أراد الأرشَ فإن كان العَيبُ ينقص عشر قيمة العوض فعلى العبدِ أن يغرم عشر قيمة [٧٩/ب] نفسهِ كما لو أسلم ثوباً في حنطةٍ، فأخذ الحنطة وأتلفها ثم وجد بها عيباً ينقص عشر قيمتها فعلى البائع أن يرد عشر الثوب وههنا لا يمكن أن يرد عشر نفسهِ للفوت بالعتق فيرد عشر قيمة نفسهِ ومن أصحابنا من قالَ: يلزمه عشر قيمة العوض، وهذا غلطُ وهكذا الحكم لو كانت السلعة باقيةً ولكن حَدث فيها عيبٌ آخرُ، فلم يرض به لا يقع العتق حتى يدفع الأرش.

وإن وجد مَا أخذ مستحقاً بان أنه لم يعتق بلا إشكال.

فَرْعٌ

قال الشافعي[١] رضي الله عنهُ لو قبضَهُ، وقال له: أنت حرٌ ثم بان استحقاقَهُ، فاختلفا، فقال السيدُ: أردتُ أنه حرٌ على حكم الكتابةِ بقبض ما قبضتُ. وقالَ المكاتبُ: بل أردت إنشاءَ الحريّة، فالقولُ قولُ السيدِ مع يمينه ثم هو على كتابته إلى أن يؤدي وعلى هذا لو قيل له: طلقتَ امرأتكَ، فقالَ: نعم، طلقتها، ثم اختلفا، قالت المرأةُ: أردت إنشاءَ الطلاق أو إقراراً بطلاقٍ آخر وقالَ الزوج: أنا قلتُ ذلكَ على ظن أن اللفظ الذي كانَ جرى بيننا وقع به الطلاق، وقد أفتى العلماءُ بأن ذلك اللفظ ليسَ بطلاقٍ، فالقولُ قوله، ذكره القفالُ، وهو غريبٌ ولو بان استحقاق العَرض، ثم قال: أنت حرٌ يعتق الآن بلا إشكالٍ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٢]: «ولو ادعى أنهُ دفعَ مالَ الكتابةِ انظر يوماً».

اعلم أنه إذا اختلفَ السيدُ والمكاتب، فقالَ: أديتُ المال وأنكر السيد، فإن لم يكن معَهُ بيّنَةٌ، فالقولُ قول السيدِ لأن الأصل بقاءُ الحقِ في ذمتهِ، وإن كانَ معهُ بينةٌ تشهد لهُ فإن كانت حاضرةً أقامَها، [٨٠/أ] قالَ: فإن جاءَ بشاهدٍ حلفَ معَهُ وبرىء. وهذا نصٌّ على أنهُ يقبلُ فيهِ شاهدٌ ويمينٌ ولا فرقَ بين النجم الأولِ، **والثاني**: وقد ذكرنا وجهاً آخرَ أنه لا يقبل في النجم الثاني، وهو خلافُ النص وإطلاقُ الوجهين خطأٌ وإن ادعى أن له بينةً غائبة لا يؤجلُ أكثر من ثلاثة أيام لأنها آخرُ حد القلّة وأول حد الكثرة، فإن أحضر شاهداً واستنظرَ بالثاني، ينظر ثلاثة أيامٍ أخرى، ولو أحضر شاهدين انظر لإثباتِ عدالتهما ثلاثاً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٣]: «ولَو عجزَ أَو ماتَ وعليهِ ديونٌ بُدىءَ بها على السيدِ».

الفَصْلُ

قد ذكرنا فيما تقدمَ أنه إذا مات سقط دين السيّد وبقيت ديونُ الناسِ، فيقضي مما في

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٨١).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

يديه، فإن بقي شيءٌ لا يلزمُ سيده قضاءهُ، وإن لم يمت ولكنه أفلسَ يُبدأ بديون الناسِ على نجومهِ. وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: لو كانَ لسيده عليهِ دينٌ من معاملةٍ لا من نجوم الكتابةِ فهو كأحدهم في ذلكَ، وإنما تقدم الديون على نجومِ الكتابةِ فقط، وإن كانَ فيهم مجنيٌّ عليهِ، ففيه وجهان أحدهما: يشاركهم، والثاني: يصرف ما في يده إلى الغرماءِ ويعجز ثم تباع رقبته للمجني عليهِ لأنه يمكن استيفاء حقه من رقبتهِ ولا يمكن استيفاءُ حق الغرماءِ من رقبته فكانوا أحق بما في يده، وهذا أصحُّ وهو اختيار القفالُ وغيره. قال القفالُ: فإن مات رقيقاً، وهناك ديون جنايةٍ ومعاملةٍ، ففيه وجهان أحدهما: يقدم دين المعاملةِ كما في حال الحياةِ، **والثاني**: هما سَواءٌ [٨٠/ب] لأن دين المعاملةِ كانَ في المال والأرش كان في الرقبةِ فلما مَات انتقل إلى المال وعندي أن أرش الجنايةِ سقط بموتهِ لفواتِ محلهِ، وَهو الرقبةُ وليس له تعلقٌ بالمدة.

فَرْعٌ

قالَ في «الحاوي»(١): إذا عجز وكانت الجنايةُ أقل من ثمنه بيع منهُ بقدرها، وكان الباقي منهُ على رق سيده، فإن أراد السيّد أن يستبقي الباقي على الكتابةِ جاز له لأنهُ لم يبتدأ بها في بعضهِ فيمنع منها، وإنما بَطلت الكتابةُ في بعضهِ فجاز أن يصح الباقي منها، فإذا أدى كتابةً باقية عتق، وفي تقويم باقيه على السيدِ إن كانَ موسراً وجهان، أحدهما: لا يقوم عليه لتقديم سببَ العتق قبل التبعيض، والثاني: يقوّم الباقي ويسري العتق في جميعه لأن اختياره للإنكار كابتداءِ العتقِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: لو بيع بعضهُ في جنايته قبل أن يحل عليه مال الكتابةِ لزم السيّد أن يقيم على الكتابةِ في باقيهِ لأنها إذا لزمت في جميعهِ لزمت في بعضه ولا يقوم عليهِ باقيه إن عتق بالأداءِ وجهاً واحداً لأن عتقه لم يقف على خياره بعدَ التبعيض.

فَرْعٌ آخرُ

لو استسخر السيّدُ مكاتبه فحبسهُ عن العمل واستخدمه، فهو مضموم عليه، فيؤخذ من السيد ثم هل يستأنف له ما فات من زمان الأجل؟ قولان أحدهما: لا يستأنف لأنه قد أخذ أجر المتلف، والثاني: يستأنف إذ لا سَبيل إلى تعجيزه، وقد أبطل عليه مدته، فإذا قلنا: لا يستأنفُ فإن وقت أجرة المثل بمالِ الكتابةِ عتق، وإن كانَ فيهِ فضل بقي له الفضلُ، [٨١/أ] وإن نقصَ فبذلكَ النُّقصان يعجزه السيّدُ إن كانَ قد حلّ النجم.

بَابُ كتابةِ بعضِ عَبْدٍ، والشريكين في العَبْد يُكاتبانِه

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «ولا يجوزُ أنْ يكاتبَ بعضَ عَبدٍ».

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ١٩٧). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٦).

الفَصْلُ

إذا كاتب بعضَ العبدِ لا يخلو أن يكونَ باقيه حراً أو مملوكاً لهُ، أو مملوكاً للغير فإن كان باقيه حراً صحت الكتابة لأنه يتوفر عليه جميع مقاصدِ الكتابةِ ويعطى من سهم الرقاب، وإن كانَ الباقي مملوكاً لَهُ نصَّ على أنه لا يجوز لأنه يملك به كمال الكسبِ والتصرف فإن له منعه من السفر والغيبةِ ولا يجوز له أن يأخذ سهم الرقاب لأن السيّد يأخذ نصفَهُ لحق الملكِ وذلكَ لا يجوز، فصار كما لو كاتب عبداً بشرط أن لا يسافر ولا يأخذ من الصدقةِ لا يجوز، وقال بعض أصحابنا: فيهِ قولٌ مخرج أنه يجوز لأن الشافعي[1]، قالَ في العبدِ المشترك: إذا كاتبه **أحدهما** بإذن شريكه فيه قولان، لأنه شريكه، وهو قد رضي، ومن قالَ بالأول فرقَ بأنهُ أمكنه هناك أن يكاتب كله ليكون العقد مصوناً عما ذكر وأحد الشريكين لا يمكنه أن يكاتب أكثر من نصيبهِ، فإذا قلنا: لا يجوز فأدى ما سمى عتق بالصفةِ نصفه والنصف الثاني يعتق بالسراية، ويتراجعان بنصفِ القيمةِ، وهو أن يُؤدي العبد إلى سيده نصف قيمتهِ ويسترد ما أعطاهُ وإنما قوّمنا عليه الباقي لأن نصفه عتق بسبب كان منه، ولا يجب على العبدِ قيمة نصفهِ الذي سوى العتق إليه كما لو قال: [٨١/ب] إن دخلت الدارَ فنصفك حرٌ، فدخل عتق نصفه وسَري إلى باقيه، ولا يقوم على العبد النصف الباقي، وقالَ ابن سُريج هذا إذا أدى ما سُمّي بعد أداءِ حق سيدهِ من كسبهِ، فإن أدى قبل أداءِ حق سيده منه، ففيه وجهان، أحدهما: لا يعتق كما في الكتابةِ الصحيحةِ لاستحقاقهِ لبعضهِ بحكم الملكِ فلم يكمل به الأداءُ، والثاني: يعتق لأن في الفاسد يغلّب حكم العتق بالصفةِ، وقد وجدت الصفة وإن لم يملك كما لو قال: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت حرٌّ فأعطاهُ وكان مغصوباً عتق.

ومن أصحابنا من قال: فيما يرجع به السيدُ على مكاتبه وجهان، أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: يرجع بجميع قيمته لوقوع عتقه عن كتابةٍ فاسدةٍ ذكره في «الحاوي»[2] وإذا قلنا: بالقولِ المخرج فإن هايأه السيدُ فكان يكسب يوماً ويخدم يوماً للسيد فأدى النجومَ من نصيبه عتق النصف بالكتابة والنصف بالسراية، وإن لم يكن مهايأة بل اكتسب لنفسهِ كل يومٍ ووفر على السيّد ضعفُ نجومهِ عتق أيضاً كما ذكرنا نصفَهُ بالكتابةِ ونصفه بالسرايةِ وإن لم يدفع إلا مقدار النجوم، فهل يعتق أم لا؟ فيه وجهان على ما ذكرنا.

وهو مخير يجوز أن يهايئه ويجوز أن لا يهايئه بلا خلافٍ.

وإن كان الباقي مملوكاً لغيره فإن كاتبه بغير إذن شريكه لا يجوز وبه قال مالك وأبو حنيفة وجماعةٌ، وقال الحكم وعبيد الله العنبري وابن أبي ليلى والحسنُ بن صالح بن حي وأحمدَ: يجوز وهذا لا يصح لأنه إذا كان باقيه مملوكاً فالسيد لا يُمكنه من الاكتسابِ والسفر لا يدفع إليه شيءٌ [٨٢/أ] من الصدقات، فلا يحصل له الأداءُ الذي هو المقصود لحصول العتق، وحكم الكتابةِ أن يكونَ عقداً لا يكون المكاتب فيه ممنوعاً

(١) انظر الأم (٧/ ٣٧١).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٠٢).

من جميع وجوه الاكتساب، وإن قلنا: لا يمكنه أخذ الصدقات لأن ذلك يؤدي إلى مقاسمة الشريك فتصير نصف الزكاة إلى سيده الذي لم يكاتبه فإذا ثبتَ أنه لا يجوز فقد اشتملت على معاوضةٍ وصفةٍ وبطلت المعاوضة فتجردت الصفَةُ وللسيد إبطالها فإن أبطلها صارَ كأنه لم يكاتبه، وإن لم يبطلها حتى أدى مال الكتابةِ عتق وثبتَ بينَهُ بين السَّيِّد التراجع على ما ذكرنا وسرى العتقُ إلى نصيب شريكه إن كانَ موسراً ويلزمهُ قيمته، وإن جمع الكسبَ وأداهُ إلى السَّيِّدِ الذي كاتبه، فهل يعتق بهِ وجهان على ما ذكرنا، والظاهر أنه لا يعتق لأنهُ يقتضي إعطاءُ ما يملكه وينتفع به وذلك لا يحصل بمال شريكه، وقال بعض أصحابنا بخراسان نقل الربيع: أنه لا يعتق ونصّ في كتاب ابن أبي ليلى: أنه يعتق فحصل قولان، قال: ولذا لو قال لعبده: إن أعطيتني عبداً، فأنت حرٌ فأعطاهُ عبداً مستحقاً فهل يعتق؟ قولان، وهذا غريبٌ، فإن قلنا: لا يعتق، فالسيدُ الذي لم يكاتبه يرجع على شريكه بنصف الكسبِ الذي أخذه من العبد فإن الكسبَ مشتركٌ بينهما.

ثم إن كان مع العبدِ ما يؤدي إلى شريكه تمام ما عليهِ من كسبهِ وثبت بين المكاتب وبين سيده التراجع على ما ذكرنا في القسم قبله ويسري العتق إلى باقي العبدِ إن كان مُوسراً، ويقوم عليهِ نصيب شريكه ولا يلزم العَبد شيءٌ، لأنهُ [٨٢/ب] لم يدخل في عقد الكتابةِ على ضمانهِ.

وإن كانت الكتابة بإذن شريكه فحَصل، تصح الكتابةُ فيه قولان نقلها المزنيُّ، **أحدهما** يصح، وبه قال أبو حنيفة ومالكٌ لأنه منع من ذلك لحق شريكه، فإذا رضي به بإسقاطِ حقهِ وإدخال الضرر على نفسهِ يصح ونص على هذا في الإملاءِ على مسائل محمد بن الحسن.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: إذنه في ذلك يقتضي أن يؤدي العبد مال الكتابة من جميع كسبهِ ولا يرجع الإذنُ بشيء منه وطلَب أبو يوسف ومحمد يصير جميعه مكاتباً لأن التدبير والكتابة يسريان وهذا لا يصحُّ لأنه عقد معاوضةٍ فلا يَسري كالبيع، **والثاني**: نص عليه في «الأم»[1]: أنه لا تصح الكتابةُ وهو اختيار المزنيُّ لما ذكرنا من العلّةِ لأنه لا يكون ممكناً من جميع وجوه التكسب والتصرف، فإذا قلنا: إنها باطلةٌ فالحكم كما لو كاتبه بغير إذن شريكهِ سواءٌ، وإذا قلنا: تصح الكتابة فنصف العبدِ يكون مكاتباً ونصفه يكون مملوكاً للشريك، ويكون الكسبُ بينهما والنفقة عليهما، ثم ينظر فإن دفع إلى الشريكِ الذي لم يكاتب نصف الكسبِ وجميع النصف الآخر ودفعه إلى السيد الذي كاتبه عتق ولا تراجع لأنه عتق بكتابةٍ صحيحة ولكنه يسري إلى الباقي إن كان موسراً على ما ذكرنا، وإن جمع الكسبَ كله وأداهُ إلى المكاتب فهل يعتق من أصحابنا من قالَ: فيه وجهان، أو قولان كما ذكرنا في المسألةِ قبلها، وهذا خطأٌ بل لا

(١) انظر الأم (٧/ ٣٧١).

يعتق قولاً واحداً والفَرقُ أن الكتابة ها هنا صحيحةٌ والمغلب فيها حكم المعاوضة وفي المعاوضة إذا دفع شيئاً غير مملوكٍ كان بمنزلة ما لم يدفع [٨٢/أ] كما في البيع وفي المسألةِ قبلها الكتابة فاسدةٌ والمغلب حكم الصفة وقد وجدت الصفة فعتق، وقد ذكرنا أن كسبه مشتركٌ بين المكاتب وبين الشريك، فإن لم يكن مهايأةٌ لا يجوز أن يأخذ من سهم الصدقات وإن كان بينهما مهايأةٌ يجوز أن يأخذ من سَهم الصدقاتِ للرقاب في أيامَ نفسهِ خاصةً ذكرهُ في «الحاوي»[١]. وقالَ الصَيمريُّ: إذا جوز كتابته هل يأخذ من الزكاة قولان، وهل تجب المهايأةُ إذا طلبَ أحدُهما قالَ في «الحاوي»[٢]: فيه وجهان، أحدهما: تجب كالقسمةِ وأصلُ هذا أن النبي ﷺ قسمَ بين نسائه وهذا مهايأةٌ قد أوجبها لنفسهِ وعليها، والثاني: لا تلزم لأنها لا تفضي إلى تأخير حق مُعجّل وتعجيل حق مؤخرٍ بخلافِ القسمة، وفي قسم الزوجات لا يمكن الجمع بينهن فلا بد من إفراد كل واحدةٍ بحقها فلزمت المهايأة، واحتج المزني على ما اختاره، فقال: زعم الشافعي أنه لو كانت كتابتهما فيه سواءً فعجزه **أحدهما** وانظرهُ الآخَرُ فسخت الكتابةُ بعد ثبوتها حتى يجتمعا على الأقامةِ عليها فالابتداءُ بذلك أولى.

ثمَّ قال: ولا يخلو إما أن تكون كتابته جائزةً كبيعه إياهُ فلا معنى لإذن شريكه أو لا يجوز فلم نجوزه بإذن من لا يملكه، وهذا اعتراضٌ على القولين وجوابُه عن الفصل الأول أن يقالَ للمزني: هذا جواب على القول الذي لا يجيز الكتابة، فأمّا على القول الذي يجيز الكتابة فلا تفسخ الكتابةُ في نصيب من أنظرَهُ، وقالَ القفالُ: من أصحابنا من سلم هذه المسألةَ أنه لا يجوز، لأنه بغير إذن الشريكِ، وإنما تراضيا في الابتداءِ ليكاتباهُ معاً، [٨٣/ب] فإذا اختلفا في التعجيز والإنكار حصل استبقاءُ الكتابةِ في النصفِ بغير إذنِ الشريكِ حتى لو قال للذي عجزه: رَضيتُ بأن ينظره صاحبي جاز قولاً واحداً.

وأمّا الفصل الثاني: إذا باع نصيبَهُ ترك منزلته فلا يحتاج إلى إذن الشريكِ في بيعه كما لا يحتاج إلى إذنه في استبقاءِ ملكه، وأما إذا أراد أن يكاتبهُ، فالكتابةُ ضررٌ على شريكه من وجوه شتى بخلاف إعتاق نصفهِ إذ لا يجد المكاتب بُدّاً من التغلب للتحملِ فإذا أذن فقد رضي بالتزام الضرر فجاز، فإذا تقرر هذا ذكر الشافعي في هذا الفصل أن المكاتب لا يمنع من السفَر والاكتساب، والمزني نقل هذا من «الأم»، وحكى المزني في «الجامع الكبير» عن الشافعي أنه قال في «الإملاء»، وليس للمكاتب أن يسافر بغير إذن سيده، واختلفَ أصحابنا في المسألةِ على طريقين فمنهم من قالَ: المسألةُ على اختلافِ حَالين، فالموضع الذي قال له أن يسافر إذا كانَ سَفراً قصيراً لا تقصر فيه الصلاة، فيكون ذلك بمنزلة الحضرِ، والموضع الذي قال: لا يسافر إذا كانَ السفر طويلاً لأن فيهِ تغريراً، ومن أصحابنا من قالَ: فيه قولان، أحدهما: لا يجوز له أن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٠١). (٢) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٠٠).

يسافر إلا بإذن السيدِ وبه قالَ مالكٌ: لأنه ممنوع من إتلافِ ما في يدهِ فليس له أن يغيّب المال عن سيده لأنه لا يؤمن أن يتلفَهُ من حيث لا يقف عليهِ سيده ولا يمكنهُ منعهُ منه ولأن للمرتهن منع الراهن من السفر بالمرهون فالسيدُ أولى لأن حق السيد فيما في يد [٨٤/أ] المكاتب أكثر، فإنهُ قد يعجز أو يموت فيأخذ السيد جميعه، والثاني: يجوز ذلكَ ولا يمنعه منهُ السيدُ وبه قال أبو حنيفة وأحمد حتى قال أبو حنيفة: لو شرط عليهِ سيدهُ في الكتابةِ أن لا يسافرَ سقط الشرطُ وكانَ له أن يسافر ووجهُ هذا أن المكاتب في يد نفسهِ، وإنما للسيدِ عليهِ دينٌ والدين لا يمنع السفر كالدين على الحر إذا كانَ مؤجّلاً، وقالَ المزنيّ: هذا أقيس على أصلهِ لأنه إذا كانَ على كتابته فهو مالكٌ لنفسهِ ولتصرفهِ إلى أن يعجز فليسَ له أن يمنعهُ منهُ لا سيما وفي السفرِ منفعةٌ تؤدي إلى حرّيته، قلت: وقد روي عن النبي ﷺ إن شاءَ الله أنه قال: مكتوبٌ في التوراةِ. قالَ الله تعالى: «أحدث سفراً أحدث لكَ رزقاً».

مَسْألَةٌ: قالَ(١): «ولا يجوزُ أنْ يكاتباهُ معًا حتى يكونَا فيهِ سَواءً».

قال أصحابنا لم يرد بهذا أنه لا يجوز أن يكاتباهُ معاً حتى يكونا في قدر الملكِ سواءً بل يجوز أن يكاتباهُ معاً قولاً واحداً سواءً تساويا في الملكِ أو تفاضلا لأن كل عقدٍ صح مع التساوي صح في الملك مع التفاضل كالبيع، وإنما أراد به، لا يجوز أن يكاتباهُ حتى يكونا في اعتبار مال الكتابةِ بقدر الملك سواءٌ، فلا يجوز أن يكونَ العبد بينهما نصفين ويكون مال الكتابةِ بينهما ثلثاً وثلثين، ولا يجوز أن يكون العبد بينهما أثلاثاً، ويكون مال الكتابة بينهما نصفين، وإن رضيا لا يجدُ بداً من أن يدفع حق **أحدهما** إلى الثاني لأنه ربما يدفع إلى أحدّ السيدين مائتين، [٨٤/ب] وإلى آخر مائة ثمَّ يفسخان الكتابة فيحتاج أن يرجع السيدُ الذي حصلَ معهُ مائةٌ على الآخر بخمسينَ فيكون قد انتفع شريكه بهذه الخمسينَ مدةً بقائها بغير حق ولا سبيل إلى ذلكَ، ويفارق هذا إذا باعاهُ من نفسِهِ **أحدهما** بأكثر من الآخر جاز لأن ذلك لا يتعلقُ بالكسبِ والكتابة تتعلق بالكسبِ وكذلكَ إذا أجراهُ بأجرتين مختلفتين لما ذكرنا من الفَرق، وهو أنه لا يفضي إلى أن ينتفع **أحدهما** بملك شريكه، وههنا يؤدي إلى ذلكَ واختلفَ أصحابنا في هذه المسألةِ هل هي أصل بنفسها أم مبنيّةٌ على غيرها؟ فمنهم من قالَ: هي مبنيّةٌ على أصلٍ، وهو أن أحد الشريكين إذا كاتب بإذن شريكه هل يصح؟ فيه قولان، فإذا قلنا: يصح لم يجز ذلك، وعلى هذا يدلُّ كلامُ الشافعي، فإنه ذكرَ هذه المسألة في «الأم»، وذكر أنه لا يجوز ثم قالَ: ولو أجزتُ هذا أجزتُ أن ينفرد بكتابةٍ بحصّتهِ فثبت أنا إذا جوزنا ذلك جازت هذه الكتابةُ، وهذا لأن العقد يتعدد بتعدد العاقد فصار كما لو أفرد كل واحدٍ منهما كتابة نصيبهِ وهذا اختيار القفال، ومن أصحابنا من قالَ: هذه المسألةُ أصل بنفسها ولا تجوز هذه الكتابة بحالٍ مع التفاضل لأن المعنى الذي ذكرنا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٧).

موجودٌ على القولين جميعاً وهذا اختيارُ القاضي الطبري وأجري على القياسِ وتلك الطريقة أشبهُ بكلام الشافعي، ومن أصحابنا من قال قوله حتى يكونا فيه سواءً أرادَ بهِ: تساويهما في ملكهِ، فإن تفاضلا وكان لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاهُ [٨٥/أ] لم يصح لقوّة **أحدهما** فيصير التساوي بينهما معدوماً، ولهذا قيل: فيه سواء، يعني في العبدِ، ولو أرادَ الكتابةَ لقالَ: حتى يكونا فيها سواءً، وعلى هذا يجوز على مالٍ يتفاضلانِ فيهِ، وبه قالَ أبو حنيفة ذكره في «الحاوي»[١]، ومن أصحابنا من قالَ: إذا كاتباهُ معاً فيه طريقان، أحدهما: هل يجوز ذلكَ فيه قولان، لأن العقد إذا اجتمع في أحدِ طرفيه عاقدانِ جرى عليهِ حكم العقدين فصار كأنَّ كل واحدٍ انفرد بهِ، وفيه قولان، والطريقة الثانية: أنه يجوز قولاً واحداً وهذا التخريج خَطأٌ لأنه يكمل تصرفه إذا اجتمعا ويجوز أخذه من الصدقاتِ بخلافِ ما لو كاتبه أحدهما، فقولاً واحداً يجوز.

وإذا قلنا: لا يجوز حتى يتساويان في النجم على قدر الملك لا يجوز أن يشترط **أحدهما** أن يحل نجمَهُ قبل نجم صَاحبهِ أو يحل لأحدهما في النجم الأولِ أكثر مما يحل للآخر أن يختلفا في جنس المال بل يجبُ أن يتساويا في جميع ذلك للمعنى الذي ذكرنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٢]: «ولو كاتبناهُ جميعاً بما يجوزُ، فقالَ: قد دفعتُ إليكمَا مكاتبتِيْ».

الفَصْلُ

في هذا الفصل مسائل إحداهِا: أن يدعي أنه دفع إلى كل واحدٍ منهما من المالِ حقه وأنه عتقَ فلا يخلو حالُ الشريكين من ثلاثة أحوالٍ، إمّا أن يصدقاهُ أو يكذباهُ أو يصدقه **أحدهما** ويكذبه الآخر فإن صدقاه عتق لأنهما أقرّا ببراءة دمتهِ، وإن كذباهُ فالقول قولهما لأن الأصل أن لا قبضَ فيحلفان ويكون المال لهما عليه، وإن صدقه **أحدهما** يعتق نصيبه بإقراره [٨٥/ب] بقبض المالِ، وأمّا المكذب فالقولُ قوله معَ يمينهِ لأن الأصل عدمُ القبض فيحلفُ ويكون حقه باقياً على المكاتب ولا تقبل شهادة شريكه عليهِ، وإن كان عدلاً لأنه يدفع بذلكَ ضرراً عن نفسهِ فإنه إذا لم يثبت أن شريكه قبض شيئاً من المالِ استحق أن يرجع عليه ويأخذ منه نصف ما دفعه إليه فهو بشهادته يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم تقبل شهادته، فإذا ثبت هذا فإن نصف العبدِ قد عتق وهو نصيبُ المصدق ونصفه باقٍ على الكتابةِ وهو نصيبُ المكذب، والمكذبُ بالخيار إن شاءَ طلبَ المكاتب بالخمسمائة التي كاتبه عليها بكمالها وإن شاءَ رجعَ على شريكه بمائتين وخمسينَ، وعلى المكاتب مائتان وخمسون لأن الكسبَ الذي حَصل معَ الشريكِ مستحق لهما، فلا يجوز لأحدِ الشريكين أن يأخذ شيئاً منه دونَ صَاحبهِ، فإذا أخذهُ يصير ضامناً لنصيب صَاحبه منه، وإنما يعتق نصيبه بإقراره بأنهُ لا حق له عليه فيكون

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٠٣). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٧).

ذلك بمنزلة الإبراءِ، فإن اختار الرجوع على المكاتب ومطالبته بالخمسمائة، وأخذها منه، وإن اختار مطالبة كل واحدٍ منهما بما يلزمه ففعل عتق لأنه أدى جميع المالَ وَلا يستحق المكاتب أن يرجع على الشريك المصدق بشيء ولا الشريك يستحق الرجوع على المكاتب بشيء فإنه يقول: أديت ما عليَّ من مال الكتابةِ والشريك ظالم فيما يرجع عليَّ به، فإنه قد استوفى حقه، ومن أقرّ أنه مفهومٌ لا يستحق الرجوع على غيره بما ظلم به وهكذا الشريك المصدق لا يستحق الرجوع على المكاتب بشيء، فإنه يقولُ [٨٦/أ] شريكي: قد استوفى حقه من المكاتب، وَهو ظالمٌ فيما يرجعُ به عَليَّ، وإن اختار السيدُ أن يرجعُ على المكاتب بخمسمائة فطالبَهُ بها فعجز فله أن يسترقّهُ لأنه قد عجزَ عن أداءِ ما عليهِ، فإذا استرقه حصل نصفه حراً، ونصفه مملوكاً وكسبه في المستقبل بينَهُ وبين السيدِ نصفين. وأمّا الكسبُ الذي وجدَهُ في يده فنصفه يكون لسيده الذي استرقه ونصفه يتركُ عليه لأن نصفَهُ قد عتق بعقد الكتابةِ، فكان كسب ذلك النصف له كما لو عتق جميعه.

قالَ الشافعيُّ رضي الله عنه، ولا يقومُ باقي العبدِ على الشريك المصدق، والتعليلُ الصحيح فيه أن التقويم إنما يراد لحريّة العبد وتكميل أحكامهِ والعبدْ يقولُ: أنا عتقت فلا أحتاجُ إلى التقويم، وإنما غصبني الشريك المنكر على نصفي فسقط التقويم في حقهِ لأن المغصوبَ لا يقومُ على أحدٍ، قال القاضي الطبريُّ وهذا لا يختلف فيه قولُ الشافعي ولم يحكِ أبو إسحاق ولا صاحب «الإفصاح» غير هذا القول، وَذكر المزني هذه المسألةَ في «الجامع الكبير» عن الشافعي هكذا، ثم قال: وهذه المسألة الثانية، وإن ادعى أنه دفع جميع مال الكتابةِ إلى **أحدهما** فقالَ المدعى عليه، بل دفعه إلينا جميعاً رجع عليه شريكه بنصف ما أقرّ بقبضهِ وعتق نصيبهُ وقوم عليهِ نصيب شريكه إن كانَ موسراً، قال أبو إسحاق: وإذا وجبَ تقويمه فهو على قولين **أحدهما** تبطل الكتابةُ في نصيبهِ ويقوّم على شريكه في الحالِ كما لو أعتق نصيبَهُ، والثاني: يكون نصيبُهُ [٨٦/ب] على كتابته فإن عجز حينئذٍ قوّم على شريكه، والفَرقُ بين هذهِ المسألةِ، والمسألةُ التي قبلها أن العبد في هذه المسألة لا يدعي حرية جميعهِ لأنه لا يعتق بدفع جميع مال الكتابة إلى أحدهما، فلهذا قوّمنا على المقرّ نصيب شريكه، وفي هذه المسألة التي قبلها ادعى دفع نصيب كل واحد منهما إليه وحرية جميعه فلم يجب تقويمه وهو يزعم أنه حر وقال القاضي الطبري من أصحابنا من قال يقوم نصيبه على شريكه وهذا له وجهٌ ولكنه خلافُ النصّ، وقالَ في «الحاوي»[(١)] نصّ الشافعيُّ أنه لا يقومُ وعلل بأن العبدَ يبرئه من ذلكَ، وفي هذا التعليل نظرٌ لأن في تكميل العتق من حقوق الله تعالى ما لا يعتبَرُ فيه الإبراءِ، ولا فرقَ بين المسألتين عندي على وجهٍ يصح الفرقُ، وقالَ بعض أصحابنا ينقل جوابُ إحدى المسألتين إلى الأخرى، وهل يقوم فيهما على الشريكِ؟، فيه قولان،

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٠٥).

وقالَ بعضُ أصحابنا بخراسان قولاً واحداً يقوم فيهما لأنه حصل عتق نصيب الواحد، إمّا بإقراره أو باتفاق الكل، وله الولاءُ فيقوم عليه نصيبُ الشريكَ وهذا والذي قبلَهُ ليس بشيء، والفَرقُ ظاهرٌ، وفي هذه المسألة الثانية القول قولُ المدعى عليهِ: أنه لم يقبض الخمسمائة الأخرى لأن الأصل أنه ما قبض وإذا حلفَ برئت ذمتهُ من دعوى المكاتب عليهِ، ولا تقبل شهادةُ الشريك على الشريك الآخر لما ذكرنا والقول قول الشريك المنكر أنه ما قبض حقه، ولا يمين عليهِ لأنه لم يدع واحدٌ منهما عليهِ أنه أقبضَهُ وهو بعد إنكاره مخير بين أن يرجع على المكاتب بجميع حقه وبين أن يرجع على المقرّ بنصفه وعلى المكاتب بنصفهِ على ما ذكرنا في المسألة قبلها، ولا يرجع **أحدهما** على صاحبه بشيء لما ذكرنا من العلّةِ.

والمسألة الثالثة: أن يكاتب رجلانِ [٨٧/أ] عبداً لهما على ألفٍ كل على واحدٍ منهما على خمسمائةَ ثم إن المكاتب ادعى أنه أدى الألفَ إلى أحدِ السيدين على أن يأخذ منهما خمسمائةٍ، ويدفع إلى شريكه خمسمائةٍ وصدقه السيد، وقال: قبضت منك الألف وأخذت منها خمسمائةٍ، ودفعت إلى شريكي خمسمائةٍ، وأنكر الشريك ذلك، وقالَ ما دفع إليَّ شيئاً فنصيبُ المقر يعتق بإقراره بقبض نصيبه ولا تقبل شهادته على شريكه بأنهُ دفع إليهِ حقّهُ لأنه يدفع بذلكَ ضرراً عن نفسهِ ويكون القولُ قول المنكر معَ يمينه، فإذا حلفَ يكون نصيبُهُ مكاتباً ونصيبُ شريكه قد عتق، وللسيدِ أن يطالبَ بخمس مائة على الكمالِ من شاءَ منهما فلهُ أن يطالبَ المكاتب لأنه كاتبَهُ عليها، ولم يثبت أنه دفع إليهِ وله أن يُطالب الشريك لأنهُ أقرّ بقبضها ولم يثبت أنه دفعها إلى الشريكِ، فإن رجع على المكاتب، وأخذ منه خمس مائة كان للمكاتب أن يرجع على السيد، فيأخذ منه الخمس مائة التي دفعها إليهِ سواءٌ صدقه في أنه دفعها إلى شريكهِ أو كذبه لأنه إن كذبه فهو يقولُ: ما دفعت، ما قبضت وإن صدقهُ، فهو يقولُ: أنت منوطٌ كأنه كانَ من سبيلكَ أن تدفع دفعاً يبرئني وهو بالشهادةِ، وإن رجع على شريكه، فأخذ منه خمسمائةٍ لم يكن للشريك أن يرجع على المكاتب لأنه يقولُ: هو ظالم فيما يرجع به، فلا يستحق الرجوع بما ظلم به فإذا حصل للشريك الخمس مائة، إما من [٨٧/ب] المكاتب، أو من شريكه عتق العبدُ كلّه، وإن تعذّر ذلكَ فإن اختار الرجوع على المكاتب فعجز عن الأداءِ، وهذا بعيدٌ فإنه إذا رجع على المكاتب فيمكن للمكاتب مطالبة شريكه وأخذ خمس مائة منه فلا يتعذّر عليه الأداء، اللهم إلا أن لا يختار الرجوع على شريكه الذي هو سيده ويختار التعجيز، فلا يجبرُ على الرجوع عليهِ ومطالبته لأن ذلك بمنزلة الاكتساب، فلا يجبرُ عليه المكاتب، فإذا تعذّر حصول المال من المكاتب فالسيدُ يعجزه ويسترقه فإذا فعلَ ذلكَ عادَ نصفه رقيقاً ويقوم على الشريك المقرّ بالقبض لأنه عتق بسبب كانَ منه وهو الكتابةُ، فإذا قوم لزمَهُ نصف قيمته ويرجع عليه الشريكُ المكذب بخمس مائة لأنه لما استرق العبد استحق نصفه ونصف كسبهِ، وهو الخمس مائة التي هي كسبه للنصف الذي استرقه فاستحق أخذها فيصير المقرّ بعد

التعجيز غارماً لكتابةِ الحصةِ، وهي خمس مائةٍ ولقيمتها ولو دفع ذلك قبل التعجيز لم يلزم إلا مال الكتابةِ وحدها دون القيمةِ وإن حصل الأداءُ من جهة المكاتب وعتق باقيه يرجع على سيده المقرّ بالقبض الخمس مائة التي قبضها منه لأنه عتق بكتابةٍ صحيحةٍ، وقال القاضي الطبريُّ: هذا التقويم على المقرّ إذا لم يصدق سيده في دفع خمس مائة إلى شريكه وإن كانَ قد صدقه لم يقوم لأنهُ يعترف بأنه حرٌ وإن أحكامه قد كملت.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولو أذنَ أحدهُمَا لشريكِهِ أنْ يقبضَ نصيبَهُ فقبضَهُ ثُمَّ عجزَ».

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن الرجلين إذا كاتبا عبداً لهما على ألفِ درهم فلا يجوز للمكاتب [٨٨/أ] أن يفضّل **أحدهما** على الآخر فيما يدفعهُ، وَلا أن يقدّم **أحدهما** على صاحبه، بل يدفع إليهما شيئاً واحداً على السواءِ في وقتٍ واحدٍ، فإن أذن **أحدهما** للمكاتب أن يدفع ما حصل له من الكسبِ إلى شريكه ويقدمه عليه فَهل يصح هذا الإذن؟، ويصح قبض الشريك لما يأخذه فقولان منصوصان، أحدهما: لا يصح لأن السيد لا يملك ما في يد المكاتب حتى يقبضهُ فإذنه فيما لا يملكه لا حكم له ونعني به أنه لا يملكه ملكاً كاملاً فإنه مال مكاتبه وعتقه معلق به، وَهذا قولُ أبي حنيفة واختاره المزني، فقال: هذا أشبه بقوله: أداء المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم وما في يده موقوفٌ ما بقي عليه درهم، فليس معناه فيما أذن له بقبضه إلا بمعنى استغنى بوزن النصف حتى استوفى فليس يستحق بالسَّبق ما ليس له كأنه وزن لأحدهما قبل الآخر وصورة هذه المسألة التي استشهد بها المزني: أن يأتي المكاتب بالمالِ ليعطيهما حقهما فيقول **أحدهما** لصَاحبِهِ اسبقني بوزن نصيبك فسبقه ووزن لأحدهما نصيبه بإذن شريكه لم يعتق نصيبه حتى يزن للآخر مثله قولاً واحداً حتى لو تلف الباقي قبل أن يسلمه إلى الشريك الآخر كانَ له أن يرجع على القابض بنصف ما قبضه.

والقولُ الثاني: يصح ويحكى ذلك عن قولِ أبي حنيفة وعلى هذا يعتق نصيبَهُ بقبضِ قسطه ووجهُ هذا أنّا إنما منعناهُ من الانفرادِ ببعضهِ لحق شريكهِ، فإذا رضي بتقدمه عليه جاز ومن قالَ بهذا أجابَ عما ذكر المزنيُّ بأن في هذه المسألةِ التي استشهد بها لم يرض بحقيقة السبقِ لكن إذا أرادَ أن يوفيهما حقهما منفردين لم يمكنه إلا هذا فهما في الحقيقة قابضان معاً، وههنا قد تطاول [٨٨/ب] زمان السَّبق، وخرج عن عادةِ إيفائهما معاً، فوجب أن يتم حكم القبض المتقدم بعتق ذلكَ النصف، وقال القفالُ: من أصحابنا من بنى القولين على جواز كتابةِ أحد الشريكين بإذن صاحبهِ لأن في كل واحدٍ من الموضعين يؤدي الأمر إلى كتابة يكون في أحدِ النصفين، ومنهم من قالَ: بل ينبني هذا على أن تبرعات المكاتب هل تجوز بإذن السيدِ لأن هذا التعجيل والتخصيصَ تبرع

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٧).

لأحدهما، فإذا قلنا: لا يصح التعجيل فللشريك الرجوع بمثل ما يعجله شريكه، فإن كانَ مع المكاتب مثله فدفعه إليه استقر التعجيل الأول وعتق كله وإن لم يكن بيده غير ما عجله كانَ للإذن الرجوع على المتعجل بنصف ما في يدهِ، فإذا رجع لم يعتق شيءٌ منه، وإن قلنا: يصح التعجيل، وهو الأصح عتق نصيبه. قال أبو إسحاق: فإن كانَ معهُ وفاء بنصيب الآخر أداهُ وعتق عليهما، فإن لم يكن معَهُ وفاء به فلا يختلف المذهب أنه يقوم على شريكه، وقال في «الحاوي»[1]: هل يقوم على شريكه فيه قولان، أحدهما: يقوم في الحال، والكتابة تنفسخ في نصيب شريكه في الحالِ، ويقوم عليه أختار الشريك تعجيزَهُ، أو لم يختر لأنه إذا تعلق العتق بسببينِ روعي أعجلهما، والقول الثاني: قاله في «الإملاءِ» على كتاب مالكٍ لا تنفسخ الكتابة في الحالِ فإن أدى المكاتب حصة الشريكِ الآخر عتق وكان الولاءُ بينهما، وإن عجز قوّم نصيبه على الشريكِ القابض نصيبه إن كانَ موسراً وإن كانَ معسراً فقد عتق نصفه ورق نصفه. قال المزني: قد قال: لو أعتقه **أحدهما** قوم عليه الباقي إن كان موسراً وعتق كله ولم يؤخّر التقويم إلى حالة العجز وإلا كانَ الباقي مكاتباً، ولذلك لو أبرأهُ، [٨٩/أ] فهو كإعتاقه إياهُ، قال المزنيُّ: هذا أشبَهُ بقوله: يعني أن تعجيل التقويم في الحالِ أولى بأصلهِ لهذه المسألةِ، قلنا: هذا على أحد القولين، فأمّا على القول الآخر، فلا يقوم في الحال حتى يعجز في المسألةِ التي أوردَها المزنيُّ أيضاً، على ما تقدم بيانه فإذا قلنا: تقوم في الحال، فإن جميع ما في يد العبد يكون للشريك لأن التقويم يفسخ الكتابة، والشريك قد استوفى نصيبَهُ، فيكون ما بقي له وهذا إذا كانَ هذا الذي بقي مثل ما يعجِلهُ، فإن كان أكثر من المعجل كانت الزيادةُ بين الشريكِ الآذن بحق رقه وبين المكاتب بحق عتقه، وإذا قلنا: يقوم إذا عجز فإن كل ما يكسبه إلى أن عتق نصفه، فهو لسيده الذي لم يقبض نصيبَهُ وما كسبَ بعدَهُ إلى أن قوّم يكون بينه وبين السيد الذي لم يقبض نصيبَهُ نصفين لأنه كسبَهُ بنصفهِ الحر ونصفه المكاتب، وقال في الكتاب في أثناءِ الفصول فإن ماتَ بعدَ العجز فما في يديه بينهما نصفان يرث **أحدهما** بقدر الحرية وهذا على أحد القولين والآخر بقدر العبودية وتسميته الآخر وارثاً عبارة مجازٍ وقد ذكرنا هذا في كتاب الفرائض. وهذا إذا استعجل ما عتق نصيبُه به فأما إذا استعجل نصيبَهُ من النجم الأول بإذن الشريكِ ففيه القولان في صحةِ الإذن وإذا قبض هل يخلص له أم يشاركه فيهِ صاحبه؟ كما ذكرنا فإن قلنا: صح الإذن أدى العبد مثل ذلكَ إلى الآخر، فإن لم يبق عنده مالٌ، وعجز فلا شكَّ أن عليهِ أن يناصف صاحبَهُ ما قبض لأنه كسبُ عبدهما، فلا يخلص له بأن يقول له شريكه: أذنتُ لكَ في أخذه بل يناصفه ويأخذ [٨٩/ب] مثل ما أخذ، ثم الباقي بينهما واختار ابن سُريج أنه لا يأخذه مثل ما أخذ لأنه يقول: لما أذنتَ لي في الأخذ رضيتُ بوقوع حقك في ذمتهِ ثم لما عاد رقيقاً سقط دينكَ عن ذمته بالتعجيز.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٠٧).

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولو ماتَ سيدُ المكاتبِ فأبرأهُ بعضُ الورثةِ مِن حصتهِ عتقَ نصيبُهُ».

قد ذكرنا هذه المسألة، وقال: ههنا ولاؤُهُ للذي كاتبه يعني الميت لأن العقد له، ولا أقوّمُ عليه، والولاءُ لغيره، وهذا أحد القولين اللذين ذكرناهما فيما تقدّم، ثم قال: وأعتقه عليهِ بسبب رقهِ فيهِ لأنه لو لم يكن فيه رق فعجز لمن يكن له. وهذا اللفظ لإيجازه مشكل، وهو جوابُ سُؤالٍ لا يصح إلا بذكر السؤالِ كأنه يقول: إن قال قائلٌ: إذا لم يقوّم على هذا الوارث الذي قد أعتق نصيبَهُ بالإبراءِ، فلم أعتقت بقوله ذلكَ النصيب؟ وإذا نفذ العتق فيه بقوله: وجبَ التقويمُ عليهِ، قلنا: إنما يعتق عليهِ ذلكَ النصيب بسبب رقهِ فيه، لأنه لو لم يكن فيه رقٌ لم يكن له إذا عجز ومعلوم أنه إذا عجز كان ذلك النصف له، فإذا لم يعجز فالولاءُ لمن كاتبَهُ، وإذا كانَ الولاءُ لغير هذا الوارث المعتق أو المبرىء لم يجز التقويم عليهِ. وحكى المزنيُّ في موضع آخر هذين القولين في أصل التقويم على هذا الوارث، وقال في موضع فيها قولان، أحدُهما: لا يقومُ عليهِ، والثاني: يقومُ عليهِ إذا عجز وكان له ولاؤُهُ كله لأن الكتابة الأولى بَطلت، وأعتق هذا ملكه. وقالَ الإمام أبو محمد الجويني: ههنا نكتَةٌ وذلك أنه إذا أعتق أحد الوارثين نصيبه من المكاتب [٩٠/أ] الموروث. وقلنا: بالتقويم وانتظرنا العجز فعجز النصف الثاني فقومناهُ، قد ذكرنا أن الكتابةَ انتقضت في النصف المقوم بالعجز فأمّا النصف الأول الذي أعتقَهُ الوارث فهل يحكم الآن بإبطال الكتابةِ؟ فيه اختلاف أصحابنا فيه فمنهم من لم يُبطل الكتابة فيه، وعليهِ الأكثرون، ومنهم من أبطل الكتابة فيهِ وعلل، فقال: العقد عقد واحدٌ فإذا انفسخ بعضُهُ في الانتهاءِ انفسخ جميعُه وكنت استضعفتُ هذا الوجه حتى دلّ النص عليهِ في هذا الموضع حيثُ حكى المزنيُّ القولين في أصلِ التقويم، وقالَ في القول الثاني لأن الكتابة الأولى بطلت وأعتق هذا ملكه فوجدناهُ قولاً منصوصاً، وقالَ القاضي الطبريُّ معناهُ ولاءُ هذا النصف له لا الكتابة إنما بطلت فيه دون نصيب المبرىء، قال المزني: الأولُ أشبَهُ بمعناهُ يعني أن لا يقوم عليهِ، واحتج بأنهُ زعمَ أنه إذا أبرأهُ من قدر حقهِ من مال الكتابة عتق نصيبه، بمعنى عقد الأبِ فلم يجز أن يزيل ما ثبت يعني إذا ثبتَ أن العقد حَصل على عقد الأب لم يجز أن يقومَ عليه هذا الوارث ثم قالَ المزني: وإذا زعم أنه إن عجز فقد بَطلت الكتابَةُ الأولى فينبغي أن يبطل عتق النصيب بالإبراءِ من قدر النصيب لأن الأبَ لم يعتقه إلا بأداءِ الجميع فكأن الأبُ أبرأ من بعضٍ مال الكتابة، فلا عتق بإبرائه من بعض مال الكتابةِ، قلنا: قال أصحابنا لم يرد الشافعي بقوله: بطلت الكتابةُ في الجميع وإنما أرادَ في النصيب الذي يقوم على الابنِ فلم يجب ردّ العتق، وقال الجويني: رحمه الله اعترض المزني بهذا [٩٠/ب] على القول الذي استضعفناهُ ووجدناهُ نصاً، فقالَ: إذا حكمنا في الانتهاءِ بإبطالِ جميع الكتابةِ وجب أن يبطلَ عتق النصف الأول الذي أعتقناهُ بلفظِ الإبراءِ

(١) انظر الأم (٥/٢٧٧).

ويكون كالسيدِ لو أبرأهُ من بعض مالِ الكتابةِ.

والجَوابُ: أن الوارث يومئذٍ كان كالسيد إذا أبرأهُ عن جميع مال الكتابةِ لأن الوارث أبرأ عن جميع حصتهِ فلهذا حكم بعتق ذلكَ النصف، فإذا حكمنا اليومَ بإبطال الكتابة فكيف يلزمنا أن نعترض على ذلك العتق؟ قال: ويحتمل أن يكونَ جميع كلام المزني من قوله: الأولِ أشبه بمعناهُ إلى آخر الباب اعتراضاً واحداً على هذا القول الذي نصرناهُ وأجبنا عنه المزني رحمَهُ الله، والله أعلم.

بابُ وَلدِ المكاتبةِ

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «وولدُ المكاتبةِ موقوفٌ».

الفَصْلُ

جملةُ هذا أنه إذا كاتَب أمةً فأتت بولدٍ لا يخلو إمّا أن تأتي به من السيدِ، أو من غيره فإن أتت بهِ من السيدِ انعقد حراً وتصير له أم ولدٍ لأن له فيها ملكاً، وإن كانَ ضعيفاً، وتكون الكتابةُ باقيةً فيها، لأنها عتق بصفةٍ، فلا ينافيها الاستيلاد كما لو قالَ: إن دخلتِ الدار فأنت حرّةٌ ثم استولدها تكون أم ولده ومعتقتَهُ بصفةٍ، فإن أدى مال الكتابة عتقت وبطل حكم الاستيلاد وإن عجزت بطلت الكتابة ويكون الاستيلاد باقياً فيها فتعتق بموت السيد وإن مات السيد قبل الأداءِ عتقت بموتهِ وبطلت الكتابة وإن أتت بولدٍ من غير السيدِ، إمّا من زوج، أو من زنا يكون مملوكاً لأن الأم مملوكة، [٩١/أ]. وَلا يصير مكاتباً لأن الكتابة عقدُ معاوضةٍ يفتقر إلى إيجاب وقبول ورضىٰ فلا يلزمُ حكمه إلا لمن عقد معَهُ ويفارق ولد المدبرة يتبعها في التدبير في أحدِ القولين لأن التدبير يحصل بقبول السيدِ وحده ومن الفرقِ أن المكاتبة متى عجزت أو ماتت بطلت الكتابة وكانَ ولدها رقيقاً، وإذا مات المدبر قبل موت سيده يبطل تدبيره ولم يبطل في ولده فثبت أن الولدَ دخل في التدبير، ولم يدخل في الكتابةِ، فإن قيل: ولد المبيعة يدخل في حكم المبيع، وإن كانَ المبيع يفتقر إلى الإيجاب والقبولِ، قلنا: لا يدخل في البيع وإنما يتبع في الملكِ لأن المبيعة صَارت ملكاً للمشتري وههنا الملك للمكاتب فلو تبع تبع في العقدِ دون الملكِ، وقالَ أبو حنيفة يسري إلى الولدِ لأنها سببٌ ثابتٌ للعتق فسرى إلى الولدِ كالاستيلاد، وهذا خطأٌ لما ذكرناهُ.

فإذا ثبت أنه لا يدخلُ في الكتابةِ فما حكمه؟ فيه قولان، أحدهما: أنه مملوكٌ للسيدِ لأنه عقد يلحقه الفسخ فلا يثبت حكمه في الولد كالرهنِ، والثاني: أنه موقوفٌ على حكم الأم، فإن رقت رق الولد، وإن عتقت عتق الولدُ، قال الشافعي[2] رضي الله عنه. وهذا القولُ أحب إليّ، وقال أبو إسحاق: إذا اختار الشافعي هذا القول وجبَ أن يكون القول الآخر ساقطاً ووجهُ هذا القول أن الولد يتبع الأم في سبب الحريّةِ كما يتبعها في

---

(١) انظر الأم (٥/٢٧٨).
(٢) انظر الأم (٧/٣٨٧).

الحرية كولدِ أم الولدِ، ولأن الولد من كسبها فيقف على عتقها كمالها، فإذا قلنا: الولد يكون مملوكاً للسيدِ فله أن يتصرّف فيه كيف شاءَ، ولو قيل: كانت قيمتُهُ لهُ، وإذا قلنا: إنه موقوفٌ فالكلام على هذا القول [٩١/ب] في خمسةِ أحكام، أحدها: في الجنايةِ عليه، والثاني: في نفقته، والثالث: في كسبهِ، والرابعُ: في عتقهِ، والخامسُ: في وطئها إذا كانت ثيباً.

فأمّا في الجناية عليهِ، فضربان جنايةٌ على نفسهِ وجناية على طرفه فإن كانت الجناية على نفسهِ وكانت خطأً يوجب المال فعليه قيمته لأنه مملوكٌ، فيضمن بالقيمةِ ولمن تكون القيمةُ فيه قولان، أحدهما: أنها للسيّدِ، وهو اختيار الشافعي رضي الله عنه لأنه تابعٌ لأمه، والأم لو قتلت كانت قيمتها للسيّد فكذلك قيمةُ الولدِ للسيد وعلل أبو إسحاق فقال: لأن الولدَ لم يجز عليه العتق، ولا هو ملك الأم، وإنما هو ملك لسيده، وإنما وقف على الحرية والرق، فإذا قتل فقيمته للسيّد.

وأيضاً لو أعتق السيدُ الولد عتق فلو كانَ كسباً لأمه تستعين به في كتابتها لما جاز أن يعتقه السيّدُ لأنه يتلف على الأم بعتقه كسبه، قال أبو إسحاق: ويخالف هذا ولد المكاتب الذي أوصى له به فقبله أو وطىء جاريته في حال كتابته فولدت منه، فإنه يملك ولده ويصير موقوفاً من أجل ملكه إياهُ، ولو كان يجري عليهِ رقٌّ على الدَّوام لكان يستديم لملكه كسائر عَبيده ولكن لا يستقر له ملكه على ولده فيعتق عليه إذا كانَ حراً ويصير موقوفاً على حريته إذا كانَ مكاتباً، فإذا كان كذلكَ يكون السيدُ ممنوعاً من ولده، ولا ينفذ فيهِ عتقه فلما نفذ دل على ما قلنا، والقول الثاني: أن قيمته للمكاتبة تستعين بها في مال الكتابة لأن القصد من الكتابة طلبُ حصتها، وهذا [٩٢/أ] من حصتها ولأن السيدِ لا يملك التصرف فيه مع كونه قناً فلا يستحق قيمته، وإذا لم يستحقها السيدُ كانت لأمهِ لأنه لا فائدة في إيقافِ القيمة بخلاف الولدِ لأنه يوقف ليعتق، وإذا كانت الجناية عليهِ عمداً فإن جعلنا قيمته في الخطأ للسيدِ، فالقود في العمدِ مردود إلى خيار السيدِ، فإن اقتص أو عفا فلا اعتراض للأم عليهِ وإن جعلنا قيمته للأم، فإن اقتضت كان لها ولم يكن للسيد معها وإن عفت إلى المال كان لها وإن عفت عنهما، ففي صحةِ عفوها قولان، فإن قلنا: موجب العمد القصاص وحده يجوز ذلكَ أذن السيدُ أو لا لأنه لا حق للسيدِ في القصاصِ والمال لا يجب إلا باختيار الأم وليسَ للسيد أن يجبرها على تملكه، وإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين. أمّا القصاص أو المال لا يجوز ذلك لأن فيه إتلاف المال، وهل يجوز بإذن السيدِ قولان كالهبةِ.

وإذا كانت الجناية على الطرف فإن كانت خطأً توجب المال ففيه ثلاثه أقوالٍ، أحدها: الأرش للسيد لأنه ملكه، والثاني: الأرش للأم لأن الولد تابعٌ لها، والثالث: أنه موقوفٌ على الولدِ، فإن عتق بعتق الأم كان الأرش له وإن رق برقها كان للسيدِ وإن كانت عمداً، فإن قلنا: الأرش للسيدِ كان القود في طرفهِ مستحقاً للسيدِ وإن جعلناه للأمِ كان القود في طرفه مستحقاً للسيد، وإن جعلناه موقوفاً على عتق الولدِ ورقهِ، فلا

حق للأم في القود، وهو موقوفٌ بين الولدِ والسيدِ فإن اجتمعا عليهِ جاز أن يستوفياهُ وإن تفرد بهِ أحدهما، لم يجز لأنه إن تفرد به الولدُ جاز أن يكون للسيّد [٩٢/ب] أن يرق، وإن تفرّد بهِ السيدُ جاز أن يكون للولد إن عتق فلذلك منع **أحدهما** من التفرد حتى يجتمعا، أو يستقر أمر الولد على عتق فيكون القود له أو على رقٍّ فيكون لسيده، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا: ولد المكاتبة يتبعها في الحرية فحق الملك للسيد في الولد أو للمكاتبة قولان، وفائدةُ هذا أنه لو جنى على طرفِ الولد فالأرش لمن يكون؟ فإن قلنا: للسيد حق الملك فيه، فالأرش موقوف، فإن عتق الولد فذلك له وإن رق برق الأم كان للسيد، وإن قلنا: حق الملك للمكاتبة فالأرش للمكاتبة تستعين بها في كتابتها وإن قتل، فإن قلنا: حق الملك للسيّد فأولى أن تكون القيمة له، وإن قلنا: حق الملك للأم، ففيه وجهان أحدهما: للأم، والثاني: للسيد أيضاً لأن حكمه إذا مات مات رقيقاً وما تقدم أصح على ما فسره في «الأم».

وأمّا الكلام في كسبهِ فلن يكون فيهِ طريقان، أحدهما: فيه ثلاثة أقوال أحدُها: للسيد، والثاني: للأم، والثالث: موقوفٌ، والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما: للأم، **والثاني**: موقوفٌ وفيه قولٌ ثالث مخرجٌ أنه للسيّدِ، وهو مخرج من كون القيمة للسيد وهذا ليسَ بشيء، والقولان منصوصان. وقالَ أبو إسحاق ما دامَ الولد حيّاً لا تأخذ الأم كسبه وما في يده ويكون موقوفاً لا يختلفُ فيه قولُ الشافعي رضي الله عنه وزعم بعض أصحابنا: أنه في حياته قولان، أحدهما: وهم، والثاني: موقوف ولا نص فيه للشافعي نعلمه، قال الشافعيُّ: والأولُ: أشبههما يعني أنهُ موقوفٌ، [٩٣/أ] وإذا ماتَ يكون للسيّدِ، وقال المزني، بل الآخر أشبَههما إذا كانوا يعتقون بعتقها، فهي أولى بها ومما يدلُّ على ذلك قولهُ، ولو وطئَ ابنُه مكاتبتَهُ أو أمَّتهُ كان عليهِ مهر مثلها وهذا يقتضي ما وصفتُ من معنى ولدها، قال أبو إسحاق: هذا ليس بإلزام صحيح لأن في حياةِ الولدِ لا يختلفُ قوله في الكسبِ أنه موقوفٌ ولا تأخذه الأمُّ، وإنما اختلفَ قوله بعد موتِ الولدِ، وقال غيره من أصحابنا: فيه قولان، وإن كانَ حياً على ما ذكرنا ولا فَرق بين المهر والكسبِ، فسقط السؤال هذا في مهر ابنتها، فأمَّا في مهر أمتها يكون لها لا يختلفُ القول فيه، وقيل: يُقال للمزني: كيف يقال القول الآخر أشبههما، وعلة القول الأول أظهر، وهي قوله لأن المكاتبة لا تملك ولدها.

وأمَّا إيجابُ مهر المثل في وطء ابنة المكاتبة وأمتها فللحيلولة ورجاء العتقِ، ألا ترى أنها إذا لم تعتق كانَ ذلكَ المهرُ للسيدِ، فإذا قلنا: الكسبُ للمكاتبةِ، فإنها تأخذه يوماً بيوم وتستعين به في مالِ الكتابةِ، وإذا قلنا للسيدِ يأخذه يوماً بيوم ويتصرف فيه، وإذا قلنا: إنه موقوف فإنه يجمع ثم ينظر فإن عجزت الأم واسترق الولد دفع الكسبُ إلى السيدِ، وإن عتقت وعتق الولدُ دفع الكسبُ إلى الولدِ، وإن أشرفت المكاتبة على العجزِ، فإن لم يكن في كسب الولدِ وفاء لأداءِ مال الكتابة لا يدفع إليها لأنها لا تستفيدُ به وإن كانَ فيه وفاءٌ بمال الكتابةِ فهل يدفع إليها لتستعين بهِ في مال الكتابةِ وتعتق، فيه

قولان: أحدهما: لا يدفع إليها لأنها غيرُ [٩٣/ب] مستحقة له على هذا القولِ، وكانَ موقوفاً بين الولدِ والسيدِ فلم يكن كلام فيه حقٌّ، والثاني: يدفع إليها لأنه وقف طلباً لحظ الولد إن عتق فإذا أخذته الأم فعتق بعتقها كانَ أحظ للولدِ من أن يأخذ السيّدُ فيرق، ولو مات هذا الولد وكسبُه موقوفٌ، ففيه قولان بناءً على قيمته لو قتل **أحدهما** لها **والثاني**: لسيده، وأما الكلامُ في نفقته فإن كان مَكتسباً ففي كسبهِ وإن لم يكن مكتسباً، فإن قلنا: كسبه للأم فالنفقة عليها، وإن قلنا: كسبُه للسيدِ فنفقته عليهِ وإن قلنا: موقوف، ففيه وجهان: **أحدهما** على سيده لأنه على ملكه، **والثاني**: في بيت المالِ من سهم المصالح لأنه محتاجٌ، وليس له من ينفق عليهِ لأن السيد لا يملكه والأم لا تستفيد بالإنفاق عليهِ.

وأمّا الكلامُ في عتقه فإن قلنا: كسبه له أو هو موقوفٌ، والمكاتبة إذا أشرفت على العجز لم يدفع إليها ينفذ عتقه لأنه تعجيل الحرية من غير أن يكونَ على المكاتبة فيه ضرر، وإن قلنا: كسبه للمكاتبة أو قلنا: موقوف ولكن أشرفت المكاتبة على العجز دفع إليها لم ينفذ عتقه لأن في هذا إضراراً بالمكاتبةِ وتعطيلاً للكسب عليها.

وقال أبو إسحاق: يعتق الولدُ قولاً واحداً. وذكره الشافعي في «الأم»، ومن أصحابنا من قالَ: لا ينفذ عتقه فيه. إذا قلنا: ما في يد الولد للأم، وليس بصحيح وهذه الطريقة أصح، وقال في «الحاوي»[1]: إن قلنا: كسبهُ للأم لا ينفذ عتقه، وإن قلنا: كسبُه للسيدِ نفذ عتقه فيه، وإن قلنا: موقوفٌ، ففيه وجهان مخرجان من القولين في عجز الأم هل تتمم كتابتها بكسبهِ، [٩٤/أ] فإن قلنا: تتمم لم ينفذ عتقهُ، وإن قلنا: لا تتمم، نفذ فيه عتقه وهكذا لو كاتبه السيدُ، فهو مبني على نفوذِ عتقهِ فإن قلنا: يصح عتق بأسبق الأمرين من أدائه وأداءِ أمهِ لأنه إذا عتق بانفرادِ كل واحدٍ منهما وجب أن يتحرر عتقه إذا اجتمعا بوجودِ أسبقهما فإن سبق أداؤه عتق عن كتابته، وإذا سبق أداءُ الأم عتق بأداءِ الأمِ تبعاً وبطلت كتابته بعتقه.

وأمَّا الكلام في وطئها إذا كانت ثيباً، فإن قلنا: إنها مملوكة له؛ حل له وطئها، وإن قلنا: إنها موقوفةٌ على الأم لحل ذلكَ لأنه لا يملكها ملكاً تاماً فإن وطيءَ فلا حدّ لأن له فيها شبهةُ الملكِ وفي المهر ثلاثة أقوالٍ بناءً على الكسب أحدها: لا مهرَ إذا قلنا: الكسبُ للسيّد، والثاني: يلزمُ المهر للأمِ، إذا قلنا: الكسبُ لها، والثالث: أنه موقوفٌ كالكسب، فإن قلنا: بالوقفِ ففي كيفيّة وقفه وجهان: أحدهما: يوقفُ بعد قبضهِ من السيّدِ، والثاني: يوقف في ذمةِ السيّدِ وعلى حال يحرم الوطيء، فإن أحبلها انعقد الولد حراً لشبهةِ الملكِ وتصير الجاريةُ أمَّ ولده لأنها علقت بحرٍ في ملكٍ وإن كان ضعيفاً، ولا يلزمه قيمتها لأن القيمة إنما تجب لمن يملكها، والمكاتبة لا تملك ابنتها ولا يلزمه قيمة الولد أيضاً لأنها وضعته، وهي أم ولدٍ لهُ، هكذا قال جميع أصحابنا المتقدمين،

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢١٤).

وقالَ بعض المتأخرين من أصحابنا: هل يلزم قيمتها؟ ينبغي أن يكون فيه قولان كَما إذا قلت ففي قيمتها قولان: **أحدهما** أنه لهُ، والثاني: أنها لأمها تستعين به على كتابتها [٩٤/ ب].

فَرْعٌ

كيف الحكمُ في ولدِ ولدها؟، قالَ الشافعي رضي الله عنه: ولد البنات كالبناتِ وولد البنين كالأمهات وأراد به أن ولد الابن يكون حكمها حكم أمهِ دون ابنهِ لأن ولد البنتِ تبع لها في الرقِ ووَلدُ الابن تبع لأمهِ في الحريةِ والرقّ فصار ولد البناتِ كالبناتِ وولد البنين كالأمهاتِ. وقال أبو يوسف ومحمد: ولد البنتِ يكون داخلاً في كتابة جدتهِ، كأمه وهذا نحو ما ذكره الشافعي، وقال أبو حنيفة: يدخلُ في كتابة أمهِ دون جدته واحتج بأن الحقوق التي تسري إنما تسري مع الاتصالِ، فأمّا الولد المنفصل فلا يسري إليه وهذا الولد اتصل بأمهِ دون جدته، وهذه لا يصحُّ لأن الولد من كسب أمهِ والأمُّ ههنا تابعة للمكاتبة فكذلكَ ولدها كسائر كسبها، ونحن نقولُ بالسرايةِ على ما ذكرنا فيما تقدم فلا يلزمنا ما ذكروا.

مَسْألَةٌ: قالَ[1]: «وهوَ ممنوعٌ مِن وطءِ مكاتبتهِ».

اعلم أنه إذا كاتب أمتهُ فليسَ له أن يطأها لأن الوطء إنما يستباح في زوجته أو ملكٍ تامٍ وليسَ ههنا واحد منهما، فإن وطئها فلا حدّ وبه قالَ جماعةُ العلماءِ. وحكي عن الحسنِ البصري أنه قالَ: يجب عليهِ الحدُّ لأنه عقد عليها عقد معاوضةٍ كما لو باعها وهذا لا يصحُّ لأن له فيها ملكاً وإن كان ضعيفاً بدليل أنه لو أعتقها نفذ عتقه، ولو زوج ابنتَهُ من مكاتبه ثم مات وورثته البنتُ انفسخ نكاحها، لأنها ملكت جزءاً من زوجها فصار ذلكَ شبهة في سقوط الحدِّ ولو شرط [٩٤/أ] في عقد الكتابةِ عليها أن يطأها كانَ الشرطُ والعقد باطلين وحكي عن مالك أنه قالَ: يصح العقدُ ويَبطل الشرطُ، وقالَ أحمدُ: يصح العقدُ والشرطُ لأنه شَرط عليه منفعتها فوجبَ أن يصح كما لو شرط الاستخدام، ودليلُنا أنه لا يملك وطئها مع الإطلاقِ للعقدِ فلا يملكه بالشرطِ كما لو زوجها واشترط لنفسه الوطء، ويفارق الاستخدام لأنه يجوز أن يملك بما لا يملك بهِ الوطء من الإعارة والإباحة، والدليل على بطلانِ قول مالكٍ أن الشرط الفاسد يوجب فساد العقد كما لو شرط في الكتابة عوضاً فاسداً، فإذا ثبت هذا فإن كانا عالمين بتحريم الوطء عزراً وإن كانا جاهلين لم يعزرا، وإن كان **أحدهما** جاهلاً والآخر عالماً لما عزر العالم دون الجاهلِ.

وأمّا المهر، فنقل المزنيُّ عن الشافعي أنه قال: إن أكرهها فلها مهر مثلها، قالَ أبو إسحاق: ظاهرُ هذا أنه إذا وطئها طائعةً لا مهر لها ولا نعلم أنّ الشافعي قال ذلك بل

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٨).

نص أن لها مهر مثلها طائعةً وطئها أو كارهة لأنه لا حدّ في هذا الوطيء فهو كما لو وطيء طائعة بنكاح فاسدٍ فلها المهر، لأنه لا حدّ عليها وهذا هو الصحيحُ، وإنما يختلف الإكراهُ وغيره في المواضع الذي لو لم يكرهها لكان عليها الحدّ، ومن أصحابنا من قال: ما حكاهُ المزني غير مخَالفٍ لما ذكر في «الأم»، وإنما حكىٰ المزنيُّ أن عليه المهر إذا أكرهها، ولم يتعرض لذكره إذا طاوعته وأوجب في «الأم» في الحالتين فلم يكن بينهما اختلافٌ، ومن أصحابنا من قالَ: ما حَكاهُ المزني إن عرف للشافعيّ [٩٥/ب] فلهُ وجهٌ وذلكَ أنها إذا طاوعت فقد أباحت نفسها من غير عوض فلا مهر وهي مفارقةٌ للمنكوحة نكاحاً فاسداً لأن المنكوحة لا تمكن إلا على أن لها المهرَ وليس بين المكاتبة والسيد عقدٌ يوجب المهرَ لا صحيح ولا فاسدٍ فإذا أباحت نفسها بلا عوضٍ مع علمها بهِ لم يجب لها العوضُ، قال أبو إسحاق: قد قيل: هكذا ولكنا لا نعرفُ للشافعي. قالَ: ذلكَ في شيءٍ من كتبهِ. وقال في «الحاوي»[(١)] قد قيل: فيه قولان بناءً على الراهن إذا أذن للمرتهن في الوطء فوطيء هل يلزم المهر قولان. وقال القفالُ: أخلّ المزني بالنقل حيث خص بالمهر حالةَ الإكراهِ لأن في حالة الطوع يجبُ أيضاً، وإنما قال الشافعي: حالة الطوع حتى يكون حالة الإكراه أولى وهذا غريبٌ، وذكر صاحب «المنهاج»: أن الصحيح أنه لا مهرَ لها إذا كانت طائعةً وهكذا في الأمةِ إذا طاوعت على الزنا، وهذا سهوٌ منه في هذا الموضع لما بيَّنا. وحكي عن مالكٍ أنه قال: لا مهرَ لها أصلاً لأن بضعها ملكه ولهذا لا يجوز لها أن تتزوج إلا بإذنه، وهذا لا يصح لأن منافع المكاتبة لها، ولهذا لو وطئها أجنبيّ بشبهةٍ أو بالإكراهِ فالمهر لها وإنما يفتقر نكاحها إلى إذنهِ لأن النكاح لازمٌ إلى الأبدِ فربما عجزت نفسها وتعود إليه ناقصةً بالتزويج، فإذا ثبت وجوب المهر، لها قالَ في «الأم»: فإن أصابها مرّةً أو مراراً لم يكن لها إلا صداق واحدٌ حتى تجبر فتختار الصّداق، أو العجز فإن اختارت فعاد فأصابها السيد، فلها صداق آخر، قال أصحابنا: [٩٦/أ] هذا عبارةٌ عن قبضِ الصداقِ، فإذا قبضت ثم وَطئها وجبَ صداق آخر. وهذا كما لو نكح امراةً نكاحاً فاسداً، فأصابها مرةً أو مراراً يجب صداقٌ واحدٌ، فإذا فرق بينهما وقضى بالصداقِ ثم نكحها نكاحاً آخر فلها مهرٌ آخرُ إذا وطئها ثم هذا المهر يجب عليه من غالب نقد البلدِ ثم ينظر فإن لم يكن عليها نجم من مالِ الكتابةِ فإنها تأخذ وتتصرف فيه حتى يحل النجم. ثم قوله: وإن كان حل عليها نجمٌ، فإن كانَ الذي حلّ عليها من غير جنس الآخر فهل يصير قصاصاً؟ فيه أربعة أقوالٍ ذكرناها، فإن حبلت المكاتبة فقد ذكرنا أنها تصير أم ولدٍ له والولد حُرٌّ لا يلزمه قيمته وهي تعتق بحكم الكتابةِ ويكون كسبها له، ومتى تعتق بالاستيلاد يكون كسبها قبل العتق للسيدِ، وههنا الكتابةُ باقيةٌ، فإن أدت مال الكتابةِ قبل موت سيدها عتقت، وكان ما في يدها من الكسبِ لها، فإن عجزت نفسها

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢١٦).

قبل موت السيدِ وفسخ الكتابة كان ما في يدها لَهُ، فإن مات عتقت بموتهِ بحكم الاستيلاد وحدها.

فَرْعٌ

لو أتت هذه المكاتبة بَعد الاستيلاد بولدٍ من زوجٍ أو زنا فهذا ولدُ أم ولدٍ وولدُ مكاتبةٍ فيتبعها في الاستيلاد قولاً واحداً، وهَل يتبعها في الكتابة قولان، فإذا قلنا: لا يتبعها فليس له إلا سببٌ واحدٌ وَهو الاستيلادُ فيعتق بموت السيّدِ، وإذا قلنا: يتبعها فقد اجتمع لهَا سبَبان أيهما سبقَ عتق به، والحكم فيه كالحكم في الأم على ما ذكرنا.

فَرْعٌ آخرُ

لو اشترى المكاتبة أمةً للتجارة لا يحل للسيّدِ وطئُها، فإن وطئها قد ذكرنا أنه لا حدّ ويلزم المهرَ ههنا للمكاتبة بلا خلافٍ، [٩٦/ب] فإن حبلت انعقد الولدُ حراً لشبهة الملكِ وتصير أم ولده لأنها عتقت بحرٍ في ملكٍ، ويلزمه قيمتها لأنها مملوكة للمكاتبة وقد أتلفها عليه بالإحبال، ويفارق للثبت على ما ذكرنا لأنها ليست بمملوكة له بل هي موقوفة معها أو مملوكة للسيدِ. وأمّا الولدُ فلا تجبُ قيمته لأنه قد ملك الأم بالتقويم، فإذا أتت بولدٍ بعدما صارت أم ولده لم يلزمه قيمته. وأمّا إذا أحبل المكاتبة يلزمه قيمة ولدها إذا قلنا: ولدها موقوفٌ لأنها مكاتبة كما كانت وقد أتلف ولدها عليها فلزمته قيمته لها ويدفع إليها أو تستعين بها أو يجعلها قصاصاً، وإذا قلنا: قيمته لو قتل تكون لسيدها فلا قيمة عليه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ [(١)]: «ولو اختلفَا فِي ولدِهَا».

الفصل

إنما تتصور هذه المسألة على القول الذي يقول: ولد المكاتبة موقوفٌ على كتابتها وصورتها أن يقول: المكاتبة ولدته بعد المكاتبة. وقال السيّد: ولدته قبل الكتابةِ فهو ملكي فقد ذكرنا من قبل أن القول قول السيّد لأنه اختلافٌ في التحقيق في وقت الكتابة، فإنها تقول عقدت معي الكتابةَ ثم أتيت بالولدِ، وهو يقول: لا بل أثبت به ثم عقدت معكِ الكتابة، والأصلُ أن لا عقدَ ولهذا نقولُ: لو اختلفا في أصلِ العقدِ، فالقول قوله أيضاً، وإذا قلنا: ولدها للسيدِ لا يتصور الاختلافُ، فإنها سواءٌ أتت به قبل الكتابةِ أو بعدها، فهو للسيدِ فإن نكل السيّد عن اليمين ترد عليها اليمينِ، فإن نكلت ففي ردها على الولدِ بعد البلوغ، وجهان.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٢)]: «ولو اختلفا في [٩٧/أ] وَلد المكاتب من أمتهِ، فالقولُ قَوْلَ المكَاتِب».

في صُورةِ هذه المسألةِ مضمون محذوفٌ، ولا يمكن حملُ اختلافهما على ظاهرهِ

---

(١) انظر الأم (٥/٢٧٨).

(٢) انظر الأم (٥/٢٧٨).

لأنه ولد المكاتب من حرّة حرٌ لا يصح فيه الاختلافُ، والمسألةُ مصورة فيمن كاتب عبده ثم زوجه أمته، فالتزويج صحيحٌ ثم اشترى المكاتب من السيّدِ زوجتَهُ فينفسخ النكاحُ عندنا خلافاً لأبي حنيفة رحمَهُ الله وصَارت مملوكةً له فأتت بولدٍ فاختلف هو والسيد، فقال السيّدُ: أتت به من قبل أن بعتكها، فهو مملوكٌ لي، وقال: بل أتت بهِ بعدما ابتعتها فهو لي يعتق بعتقي وأمكن ما قالاهُ، فالقولُ قول المكاتب لأنهما اختلفا في ملك الولدِ ويَدُ المكاتب ثابتةٌ على الولدِ فصَار بيده أقوى من السيّدِ.

فَرْعٌ

قالَ بعض أصحابنا بخراسان: ذكر الشافعي رضي الله عنه: أنها لو أتت بولدين، **أحدهما** قبل الكتابة، والآخرُ بعدها، فهما للسيّدِ لأنهما حمل واحدٌ وهكذا لو أتت بأحدهما في يوم ملك الأم بأقل من ستةِ أشهرٍ والآخرُ بأكثرَ فهما للسيّدِ، وكذا أفتى الشيخُ أبو زيدٍ وليس بصحيح لأن الحملَ يتبع الأم في البيع، وإذا وضعت وَلداً وفي بطنها ولدٌ آخر فبيعت فالولد الثاني مبيعٌ معها، وقد نصّ الشافعي كما قال الشيخُ أبو زيدٍ، فنقولُ: مراد الشافعي رضي الله عنه أنه يحكم بأن الولدين حصَلا في ملك السيدِ ثم معقولٌ أن الذي في البطنِ يصير مَبيعاً يتبع الأمَ أو نقول صورةُ المسألةِ: [٩٧/ب] أنها أتت بالولدِ الثّاني معَ البيع لا بعدَهُ فيكونان للسيّدِ.

بَابُ المكاتبة بين اثنين يطأها أحدُهما أو كلاهما

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(١)]: «إذا وطئَهَا أحدُهُمَا فلم تحبلْ فلهَا مهرُ مثلِها».

اعلم أنه إذا كانت أمةٌ بينَ رجُلين فكاتباها لا يحلّ لأحدهما وطئها لأنه قبل الكتابةِ كان يملك بضعها ملكاً تاماً، ولم يكن يحل الوطىء فبعد الكتابةِ أولى أن يحل وطئها فإنها توجب تحريماً لو كانَ الوطىء حلالاً من قبل، فإن وطىءَ **أحدهما** فلا حدّ لشبهة الملكِ ثم ينظر فإن كانا عالمين عزرا وإن كانا جاهلين لم يعزرا، وإن كانَ **أحدهما** جاهلاً لم يعزر الجاهل ويجبُ المهرُ لأنه وطىء شبهةٍ ويكون للمكاتبة لأنه كسبها ثم ينظر فإن لم يكن قد حل عليها نجم من مال الكتابة، فإن كانَ المهرُ من جنس مال الكتابةِ، فإن كان معها بقدر ما يدفع إلى السيّدِ الذي لم يطأها مثل المهر فعلت ذلكَ وسلمت، وللسيّد الذي وطىء عليها قدر المهر فإن المهر يكونُ بين السيّدين لأن الكسبَ بينهما والمهرُ من جملةِ الكسبِ، فيرجع الذي لم يطأ على الذي وطىءَ فيأخذ منهُ نصف المهر فيحصل المهرَ بينهما نصفين ثم ينظر، فإن فضل باقي مال الكتابةِ فأدته إليهما عتقت وإن لم يكن مَعها شيءٌ فللسيدين أن يعجزاها ويسترقاها، فإن فعلا عادت مملوكة لهما وكسبُها بينهما والمهرُ من جملةِ الكسبِ، فإن كانت قبضت المهرَ من الواطىء فقد برئت ذمته منه، [٩٨/أ] فإن كانَ باقياً بحالهِ اقتسماهُ بينَهُما، وإن كانَ قد

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٨).

أتلف فقد تلفَ من ملكهما معاً، وإن لم تكن قبضت المهرَ فإن ذلك يكون كسباً لسيدها ثم ينظر فإن كانَ في يدها شيءٌ يدفع للسيّدِ الذي لم يطأها بإزاءِ المهرِ ويحصل المهرُ لمن هو عليهِ فعل ذلكَ، وإن لم يكن مَعها شيءٌ آخرُ، فإنهما يقتسمان المهرَ بينهما نصفين ويسقط ما بقي من حقهما، وإذا اقتسما نصفين دفع الواطىء إلى صاحبهِ نصف المهر وسقط نصفه عن ذمته، فإن أتت هذه المكاتبة بولدٍ نظرَ فإن كانَ السيدُ قد استبرأها بعد الوطىء وأتت بولدٍ بعد الاستبراءِ لستةِ أشهرٍ فصاعداً لم يلحق بالسيّدِ بل يحكم بأنه ولد مكاتبته من شبهةٍ أو نكاح أو زناً فيه قولان على ما ذكرنا، وإن لم يكن استبرأها أو كانَ قد استبرأها إلا أنها أتت بالولدِ لأقلّ من ستةِ أشهرٍ من حين الاستبراءِ فإنه يلحق بالوطىء، فإنه وَاطىء بشبهةٍ وينعقد الولدُ حراً ويصير نصف الجارية أم ولده لأنها علقت بحرٍ في ملكٍ، وإن كان ضعيفاً وجميعها يكون مكاتباً لهما ثُمَّ ينظر في الواطىء فإن كانَ مُعسراً فلا يسري إلى نصيب شريكه وإن كانَ موسراً فيَسري لأنه كالعتق، وهل يقوم عليه في الحالِ، أو فيما بعد، فعلى ما ذكرنا من القولين أحدهما: يقوم في الحال تغليباً للإيلاد على الكتابة للزوم حكمه والثاني: يتوقف تقويمه على العَجز تغليباً لحكم الكتابةِ على الإيلاد لتقدمه، وقال أبو علي بن أبي هريرة: يقوم عند العجز ههنا قولاً واحداً وإنما القولان في عتق أحدِ الشريكين، [٩٨/ب] والفَرقُ أن السرايةَ هناكَ إذا كانت في الحالِ استفادت العتق في الحال فلا ضرر على المعتقةِ، وهَهنا يضرّ التقويم والسراية لا تنفسخ فيما قومناهُ، وثبت لها حكم الاستيلاد فيقف عتقها على الموت، وإذا كانت مكاتبةً يعتق بالأداءِ في الحالِ، وقال أبو إسحاق: الطريقةُ الأولى أصح، وما قالَهُ أبو علي خطأ لأن الإحبال أقوى من العتقِ، والعتق إذا أوجب التقويم في الحالِ فالإحبال أولى، والذي قاله من الضرر لا يصح لأنا إذا قومنا في الحالِ تنفسخ الكتابة في نصيب الشريكِ وتبقى في نصيب المحبل، فإذا أدت إلى مولاها المحبل نصيبَهُ من المالِ عتقت وسرى العتق إلى الباقي فالتقويم أحظُ لها، وقال بعض أصحابنا بخراسان: كلام الشافعي ههنا يدلُّ على أنه لا يقوم في الحالِ في الإحبالِ وإنما يقومُ يومَ العجز قولاً واحداً، وذلكَ أنه أجابَ ههنا في الإعتاق بأنهُ يقومُ في الحال، فقالَ: إذا ماتَ الواطىء وعتق نصفها قوم النصف الثاني في الحالِ، ولم يقل إذا عجزت، وكذلكَ إذا أعتق **أحدهما** نصيبَهُ وأجاب في الإحبال بأنه لا يقوم في الحالِ، فقالَ: فاختارت العجز أو مات الواطىء، فإن للذي لم يطأها نصف المهر، ونصف قيمتها على الواطىء فدل ذلك على أن قوله لم يختلف في الإحبالِ أن التقويم فيه يومَ العجز لما تقدم من العلةِ وقد بينا خلاف هذا.

فإن قلنا: يقوم في الحالِ تنفسخ الكتابة في نصيب شريكه بالتقويم وتصير أم ولد الواطىء ويكون النصف الآخر مكاتباً وهي أم ولد له ثم ينظر فإن أدت مال الكتابة عتق نصفها وسَرى العتق [٩٩/أ] إلى باقيها ويَبطل حكم الإحبال والعتق بها، وإن قلنا: لا يقوم في الحالِ ينظر فإن أدت مال الكتابة إليهما عتقت ويكون الولاء بينهما ويبطل حكم

الإحبال، وإن عجزت نفسَها استرقاها وبطلت الكتابةُ فتقومُ حينئذٍ على الشريكِ الوطيء ويصير جميعها أم ولدٍ يعتق بموته فهذا الحكم في الأم، وأمّا الولدُ فقد حكمنا بحريته فهل يجبُ على الواطيء شيءٌ من قيمته لشريكه؟. الحكمُ في ذلكَ أن كل موضعٍ أتت به وجميعها أم ولد للواطيء لا يلزمه شيءٌ من قيمةِ الولدِ لأنها وضعته في ملكهِ وكل موضعٍ أتت به ونصفها مكاتب لغيره يلزمهُ نصفٍ قيمته لشريكه لأنه كانَ من سبيلهِ أن يكونَ نصيبه من الولدِ مملوكاً له فلما صَار حراً باعتقاده وفعلهِ صَار متلفاً لذلكَ النصف عليه فيلزمه قيمتهُ.

وإن مات السيد قبل أن يعجز أو يؤدي فقد عتق نصفها بموتهِ وانفسخت الكتابة فيه، فعلى هذا إن أدت إلى الشريك نصفه عتقت وإن لم تؤدَ قوم على الميت في تركته لأنه قد وجب بسبب كان منه في حال حياته.

وكل موضعٍ حكمنا بأنها أم ولده والكتابة باقية فمات السيدُ سبق عتق الاستيلاد على الكتابةِ فعتقت بموتهِ واستتبع الاكتساب بخلاف العتق بالصفةِ والعتق بمجرّد الإيلاد هذا كله إذا اختارت المقام على الكتابة، فأما إذا اختارت العجز في الحال فالحكم فيها كالحكم في الجارية بين الشريكين إذا أحبلها أحدُهما، وحكمه أنه إن كان موسراً عليه نصف مهرها ويقوم عليه نصيب شريكه، وهل يسري الإحبال في الحال أو بأداءِ القيمة؟، فعلى ما ذكرنا [٩٩/ب] فيما تقدم وفي نصف قيمةِ الولدِ قولان بناءً على القولين في إحباله، فإن قلنا: يسري في الحالِ فليس عليه نصف قيمة الولدِ، وإن كان معسراً فقيمة نصف المهر في ذمته ولا يقوم عليهِ نصيب شريكه وفي الولد وجهان. قال ابن أبي هريرة: الولدُ حرٌ كله ويكون عليه نصف قيمته لشريكه لأنه وطيء شبهةٍ كما لو وطيء أمةَ غيره بشبهةٍ. وقال أبو إسحاق يكون الولدُ نصفهُ حراً ونصفه مملوكاً لشريكه لأن الولد تابعٌ للأم في الحريّةِ، فهو بمنزلة ما لو ولدت جارية نصفها حرٌ ونصفها مملوك من زوجٍ أو زنا كان الولد نصفه حراً ونصفه مملوكاً، وقيل: إن ابن أبي هريرة علل الوجه الأول أنه يستحيل أن ينعقد الولد ابتداءً بعضه رقيقاً وبعضه حراً، فألزم عليهِ إذا كانت الجاريةُ نصفها حراً ونصفها مملوكاً فلم يسلم هذه المسألة، وقال: الخلاف واحدٌ.

ويمكن أن يقال: علةُ ابن أبي هريرة أن الحريّة الصّادرة عن الملكِ لا تتبعّض، وهذا العتق ليس بسرايةٍ ولهذا لا يقف عتق الباقي على أداءِ القيمةِ قولاً واحداً، فإذا قلنا: لا يقوم، ففيه وجهان: أحدهما: يكون موقوفاً للشريك، والثاني: يكون تبعاً لأمهِ يعتقُ إن عتقت، وإذا قلنا: تقويم الأم موقوفٌ وعجزت عن أداءِ مالِ الكتابة. فلها وللمحبل حالتان: إحداهما: أن يتفقا على الإنظار بالكتابةِ في حقهِ فيجوز ذلك لهما إذا تراضيا به، لأنه لا يتعلق بالكتابة حقٌ لغيرهما بخلافِ الشريك غير المحبل، والثانية: أن لا يتفقا على الإنظار بل يختلفان فيه فالكتابة تنفسخ بينهما لأن المكاتبة لا يلزمها المقام على العقدِ، [١٠٠/أ] والسيدُ يلزمه الإنظار بالمالِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(١)]: «فإن وطأها فعلى كلّ واحدٍ منهما مَهر مثلها».

جملةُ هذا أن السيدين إذا كاتبا جاريةً ثم وطئها كل واحدٍ منهما فإن لم تحبل فلا حدّ على واحدٍ منهما وغرر العالم منهما والمكاتبة أيضاً إن كانت عالمةً وعلى كل واحد منهما كمال مهرِ مثلها ثم ينظر فإن عجزت نفسها، وفسخت الكتابة فقد سقط عن كل واحدٍ منهما نصف ما عليهِ من المهرِ ولزمَهُ النصفُ الآخر لشريكه فإن كانا سواءً تقاصا وإن كان **أحدهما** أكثر من الآخر. قال الشافعي بأن يطأ **أحدهما** وهي بكر ويطأ الآخر ثيباً أو تكون في وطيء **أحدهما** صحيحةً وفي وطء الآخر بغية، ونحو ذلك فإن التقاص يحصل في المقدار الذي اتفقا فيه ولصاحب الفضل أن يطالبَهُ وإن كانت قد قبضت المهرين فقد برئت ذمة السيّدين منهما ثم ينظر فإن كانا باقيين اقتسماهما وإن كانا تالفين فقد تلفا من ملكيهما وضمانهما، قال في «الأم»[(٢)]: فإن وطئها **أحدهما** وهي بكر وجبَ عليه أرشُ البكارة لأن ذلك لا يدخل في المهرِ فسقط عنه النصف ويجب النصف لشريكه، وإذا وجدت الجارية مفضاةً، فقال كل واحدٍ منهما: أنت أفضيتها حلفَ كل واحدٍ منهما لصاحبهِ ويسقط حكم الإفضاء وهكذا إذا اختلفا في الوطيء فكل واحد منهما يقولُ لصاحبهِ: أنتَ وطئتَ حَلف كل واحدٍ منهما لصاحبهِ ويسقط المهر هذا كله إذا لم تحبل الجارية فإن حبلت الجارية، فالحكم في الحدِّ والمهرِ على ما مَضى. وأمّا الولدُ فينظر فإن ادعى كل واحدٍ من الشريكين أنه استبرأها بعدما وطئها وأتت بالولد بعد الاستبراءِ [١٠٠/ب] لستةِ أشهرٍ فصاعداً لا يلحق بواحدٍ منهما ويحكم أنها أتت به من زنا وقد ذكرنا فيه قولين: كيف يكون حكمه وإن لم يدع أحدهما: الاستبراء لا يخلو حالِ الولدِ من أربعة أحوالٍ. إمّا أن لا يمكن أن يكونَ من واحد منهما أو أمكن أن يكونَ من الأولِ دون الثاني أو من الثاني دون الأول أو أمكنَ أن يكونَ من كل واحدٍ منهما فإن لم يمكن أن يكونَ من كلّ واحدٍ منهما بأن تأتي به لأكثر من أربع سنينَ من وقت الوطيء الأول ولأقلّ من ستةِ أشهرٍ من وقت الوطيء الثاني، فإنه ينتفي عنهما ويصير كالولد الذي يؤتى به من زنا فيه قولان على ما ذكرنا وإن أمكن أن يكونَ من الأول دون الثاني بأن تأتي بهِ لأكثر من ستةِ أشهرٍ من وقت وطيء الثاني يلحق بالأولِ لأنه يمكن أن يكونَ منهُ وينتفي عن الثاني لأن لا يمكن أن يكونَ منه، ثم لا يخلو، إما أن يكونَ الأول موسراً أو معسراً فإن كان موسراً فالولد يلحقه ويكون حراً لشبهةِ الملك ويصير نصيبه من الجارية أم ولده لأنها علقت بحرٍ في ملكه ويستحق عليه تقويم نصيب شريكهِ كما يستحق ذلك بالعتق وهل يقوم في الحالِ أم عند التعجيز؟ فعلى ما ذكرنا من القولين فإن قلنا: يقوم في الحال فقوم فإن الكتابة تنفسخ في نصيب الشريك الذي لم يحبل لأن التقويم ينفسخ بالكتابة ويعود نصيبه إلى ملكه ثم يقوم على شريكه وتبقى الكتابة في النصف الذي لشريكه فيكون نصفُ الجارية مكاتباً للشريك المحبل وجميعها أم ولد له.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٨).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٨٨).

وإن اختار السيّدُ المحبل أن ينظرهما بما عليهما، فإن نصيب شريكه يقوم عليهِ، [١٠١/أ] وتنفسخ الكتَابَةُ فيه وتَبقى الكتابة في نصيبه، فيكون جميعها أمَّ ولدٍ له ونصفها مكاتب له، والحكم فيها إذا أدت وعتقت بالأداءِ، ولم تؤد فعتقت بالموت على ما ذكرنا في المسألة قبلها.

فإذا ثبت هذا الكلامُ بعده فيما يستحقه المحبل على لم يُحبل وما يستحقُّ الذي لم يحبل عليهِ، فأمّا الذي لم يحبل فيستحق على شريكهِ ثلاثةَ أشياء: المهر وقيمة نصيبهِ من الجارية وقيمة نصيبه من الولدِ، فأمّا المهرُ فإنهُ يستحق عليهِ نصفه لأنها لما قوّمت انفسخت الكتابةُ في نصفها، وعاد إلى ملكه وكانَ كسب هذا النصف له من المهرِ من جملةِ الكسبِ هكذا ذكر أبو حامدٍ، وقالَ القاضي الطبريُّ: هكذا ذكرَ الشافعيُّ أنه يلزمه نصف مهر مثلها ولكنه أراد إذا عجزت نفسها، فأمّا إذا أقامت على الكتابةِ فإن نصيب الأولِ صار أم ولد له وهل يقوم في الحال أم إذا عجزت؟ فيه قولان: أحدهما، يقوم في الحالِ فتنفسخ بالتقويم الكتابَةُ في نصيب شريكهِ لأن الأول يملك نصيب شريكه إذا قوم عليهِ وإذا انفسخت الكتابَةُ في نصيب شريكهِ يكون جميعها أمَّ ولدٍ للأولِ، ونصفها مكاتب له ونصفها غير مكاتب ويلزمها جميع مهر مثلها، فيكون نصفه للجارية لأنه مكاتب للأول ونصفه للشريكِ لأنه وطئها، ونصفها مكاتب له، ثم فسخت الكتابةُ فيه فَصار إليه ما كان في يدها، أو استحقته قبضته، أو لم تكن قَبضته، وقيل: أراد الشافعي بقوله: ونصف مهرها ذكر النصف الذي لزِمَهُ بسَبب الملكِ نفسهِ.

فإن قيلَ: [١٠١/ب] المكاتبُ لا يملكُ، فكيف ملكَ ها هنا قُلنا: يملكُ حكماً كما بالإرثِ.

وأمَّا قيمةُ نصيبه من الجاريةِ، فيستحقه عليه لأنه أتلفه بالإحبالِ، وأمَّا قيمة نصف الولدِ، قال الشافعيُّ: وفي نصف قيمة ولدها قولانِ: أحدهما، يغرمُه، والثاني، لا يغرمُهُ، وهذان القولان مبنيان على أصلٍ، وهو أن وقت نقل ملك النصفِ إليهِ بالتسرية متى يكون، وفيه قولان: أحدهما، أنه ينتقل إليهِ عقيب العلوق من غير فصلٍ فعلى هذا يغرم نصف قيمة الولد لأن العلوقَ حصلَ في ملك الغير وَالثاني أن العلوقَ حصلَ في ملكه، وقال أصحابنا بالعراق: وهو مبني على أصلٍ، وهو أن كل موضعٍ وضعت الولد، وهو ملكه لا يلزمهُ شيءٌ من قيمته وكل موضعٍ وضعت قبل أن يصير جميعها أم ولدٍ وَهو إذا قلنا: إنها لا تقوم في الحال، وإنما تقومُ بعد العجز فوضعته قبل العجز، وقلنا: الإحبالُ إنما يسري بعد دفع القيمةِ، فوضعت قبل دفع القيمة يلزمهُ نصف قيمته لأنها وضعته ونصفها مملوكٌ لغيره وكانَ من سبيلِهِ أن يكونَ مملوكاً له، فصار حرّاً بفعلِهِ واعتقاده. قال المزنيُّ: القياسُ على مذهبِهِ أن ليس عليهِ نصف قيمة الولد لأنها بالحبل صَارت أم ولدٍ، قال أصحابنا: هذه العلة لا بيانَ فيها حتى يقال: لأنها بالحبلِ صارت أم ولده، وانتقل الملك قبل الحبلِ.

وأمَّا ما يستحق المحبل على الذي لم يحبل، قال في «المختصر»: «وفي الواطىء

الآخرِ قولان: أحدهما، يغرم نصف مهرها لأنها لا تكون أم ولد للمحبل إلا بعد أداءِ نصف القيمة والآخرِ، يغرم جميع مهر مثلها»، وهذان القولان [١٠٢/أ] مبنيان على القولين في وقت التسوية، فإن قلنا: بتأخير السرايةِ إلى وقت الأداءِ فليس على الثاني بالوطىء إلا نصف المهر لأن الجاريةِ مشتركةٌ بعدُ، وإذا قلنا: بتعجيل السرايةِ فعليهِ جميع المهر لأنه وطئها، والملك خالصٌ للأولِ ولا شك أنه لا يلزمه غير المهر شيءٌ آخرُ، واختار المزني إيجاب جميع مهر المثل، وقال: لأنه وطىء أم ولد لصاحبه، وهذا التعليل دعوى لأن من قال بالقول الثاني: جعلها أم ولدٍ لصاحبه بعد أداءِ القيمةِ، وقال أبو إسحاق: الصحيح ما اختارَ المزني أنها تصير أم ولد له في الحالِ دونَ أداءِ القيمةِ وهو الذي اختارهُ الشافعيُّ، فعلى هذا يلزم على الثاني جميع مهر المثل ولا يجب على الأولِ نصف قيمة الولدِ كما ذكرنا عن المزني، فإذا قلنا: عليهِ جميع المهرِ وعلى الأول جميع المهرِ، وقد عجزت انتقل نصف المهر الواجب على الأول إلى الثاني فيصير النصف بالنصفِ قصاصاً إن استويا، ويبقى للأول على الثاني نصف مهرِ مثلها، وإذا قلنا: عليهِ نصف المهر وقد عجزت فللأول على الثاني نصف المهرِ، وللثاني على الأولِ نصف المهرِ أيضاً، فيتقاصان إن استويا، ولا يبقى شيءٌ إذا كان المحبلُ موسراً، فإن نصيب الأولِ يصير أمَّ ولده ولا يقوم نصيب شريكهِ عليهِ، فيكون نصيب أم ولده وجميعها مكاتبة بينه وبين شريكهِ، ثم ينظر فإن اختارت المقام على الكتابةِ وأدى مال الكتابةِ، وعتقت استحقت على كل واحدٍ منهما كمال مهرها، وإن عجزت كانَ نصفها مملوكاً للواطىء الثاني ونصفها أم ولدٍ للواطىء الأول، [١٠٢/ب] ويكون لكل واحدٍ منهما على صَاحبهِ نصف مهر مثلها فيقاصان على ما ذكرنا.

وأمَّا الولد فهل ينعقد كله حراً أو نصفه حراً، ونصفه مملوكاً فعلى ما ذكرنا من الاختلاف بين ابن أبي هريرة وبين أبي إسحاق. وقالَ القاضي الطبري: ما قاله ابن أبي هريرة أصح لما احتج بهِ أنه وطىء شبهةٍ، ولو وطىء جارية غيره بشبهةٍ كان الولد حراً، ويلزمه قيمته في ذمتهِ إذا كان مُعسراً إلى أن يوسرَ فكذلكَ ههنا، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان، وهذا غريبٌ.

والحالةُ الثالثة: إذا أمكن أن يكونَ الولد من الثاني دون الأولِ بأن تأتي به لأكثر من أربع سنين من وقت وطىء الأولِ ولأكثر من ستةِ أشهر، وأقل من أربع سنين من وقت وطىء الثاني، فهذا الفصلُ لم ينقله المزنيُّ إلى «المختصر» وحكمهُ: أنه ينتفي الولد عن الأولِ ويلحق بالثاني، ويصير الثاني في هذا القسم كالأولِ في القسم الأولِ والأول ها هنا كالثاني هناك إلا في أشهر، فلا يخلو حال الثاني، إمَّا أن يكونَ موسراً أو معسراً، فإن كان موسراً، فالولد حرٌ ونصيبُهُ من الجاريةِ أم ولده، ويسري إلى نصيب شريكهِ ويقوم في حقهِ ومتى يقوم فعلى ما ذكرنا من القولين، فإذا قلنا: يقومُ في الحالِ، أو بعد العجزِ، فعجزت وقومت، فبالتقويم تنفسخ الكتابَةُ في نصيب شريكهِ ويعود رقيقاً ويكون كسبه للشريك، والنصف الآخرُ يبقى على الكتابةِ والحكم فيه، إذا أدت أو

عجزت، فاسترقت على ما ذكرنا من القسم قبله.

وأمَّا الذي يجب على الثاني والذي يجبُ على الأولِ، [١٠٣/أ] فإن الثاني يجبُ عليهِ نصف المهر وقيمة نصف الجارية، وأمَّا قيمة نصف الولدِ، فإنها إن وضعته قبل أن صار جميعها أم ولدٍ يلزمه ذلك وإلا فلا يلزم، وأمَّا الأولُ فلا يجبُ عليهِ قيمة الجارية ولا قيمة الولد، وإنما يجبُ عليهِ نصف المهرِ فقط لا يزيدُ ولا ينقص وهذا هو الذي يخالف القسم قبله، فإن هناكَ يجبُ على الثاني الذي لم يحبل كمال المهرِ في حالةٍ، ونصفه في حالةٍ أخرى وها هنا يجبُ على الأول الذي لم يحبل نصف المهر بكل حالٍ، والفَرقُ أن وطء الجارية في الأول صَادف الجارية بعدما صارت أم ولدٍ للأولِ، فيلزمه كمال المهرِ ووطء الأول ههنا لم يُصادف، وهي أم ولد للثاني، فإن وطئه سبق وطء الثاني بل صادفها ونصفها مكاتبٌ له والكتابة تنفسخ في ذلكَ النصف، فيعود كسبهُ إليهِ، فلا يلزمه أكثر من نصف المهرِ وإن كانَ الثاني مُعسراً، فإن نصيبه يصير أم ولده ولا يَسري ذلكَ إلى نصيب الشريك ويلزمهُ نصف مهر المثل والحكم فيها إذا ردت، أو عجزت على ما ذكرنا وهل ينعقدُ كلهُ حراً، أو نصفه حراً فَعلى ما ذكرنا من الاختلاف.

وَالحالةُ الرابعةُ: أن يكون من كل واحد منهما بأن تأتي به لأكثر من ستةِ أشهرٍ ولأقل من أربع سنين من وقت وطء كل واحد منهما، فادعياه، أو ادعاه **أحدهما** ولم يدعيا، ولا **أحدهما** الاستبراءَ يعرض على القافةِ فإن ألحقَته بالأولِ كانَ الحكم على ما ذكرنا إذا لم يمكن أن يكون من الأولِ، وإن ألحقته بالثاني كان الحكم على ما ذكرنا إذا لم يمكن أن يكون [١٠٣/ب] إلا من الثاني، فإن لم يكن قافَهُ، أو كانَ فأشكل عليهم، أو ألحقته بهما أو أنفته عنهما ترك حتى يبلغ فينسب إلى أحدهما، وهذا لأن الأنسابُ تتعاطفُ، قال رسول الله ﷺ: «إن الرحم إذا تماست تعاطفت» وتتعلق بزمان الوقفِ، ثلاثة أحكامٍ أحدُها في كتابه «الأم»، وذلكَ معتبر بحال الواطئين، فإن كانا موسرين كانت كتابتهما على قولين: أحدهما: باقية بحالها في جميعها ويملك جميع كسبها، ويؤخذ كل واحدٍ منهما بجميع مهرها، إذا أدت عتقت، وإن عجزت كانت أم ولدٍ لأحدهما يوقفُ على البيان ولا تعتق إلا بآخرهما موتاً، وإن ماتا قبل البيان، والثاني: أن الكتابة قد بطلت في نصفها وبقيت في النصف الآخر، وبقي نصف كسبها موقوفاً على من تصير لهُ أم ولدٍ، والنصف الآخر لها تستعين به في كتابتها، فإن أدت تحرر عتق جميعها نصفها بالكتابةِ ونصفها بالسرايةِ، وإن عجزت كانت أم ولدٍ لأحدهما لا بعينه فيوقفُ أمرها فيه، وفي الفاضل من كسبها بعدَ العجزِ، وفي النصف الموقوف من الكسبِ على ما يتجدد من البيان فيما بعد وإن كانا معسرين، فنصفها يكون في حكم أم الولدِ والكتابة في جميعها باقيةٌ والأداءُ يكون إليهما، فإن عتقت بهِ، بطل حكمَ الإيلاد، وإن عجزت كان نصفها أم ولدٍ ونصفها موقوفاً ويوقف على البيان، وإن كانَ **أحدهما** موسراً والآخرُ معسراً، فلا يقوم على الموسرِ لجواز أن يكونَ الولدُ من المعسرِ

فتكون الكتابة بحالها كما لو كانا معسرين لأنها على الصحةِ، فلا تفسخ بالجوازِ.

والحكم الثاني: في الولد، وهو يعتبَرُ [١٠٤/أ] بحالها في اليسار والإعسار، ولا يخلو من الأحوال الثلاثةِ أن يكونا موسرين، فيكون جميع الولد حراً وإن كانا مُعسرين فنصفها يكون في حكم أم الولدِ والكتابة في جميعها باقية، والأداءُ يكون إليهما، وإن كانا معسرينِ فنصفه حرٌ، وفي نصفه الباقي وجهان: أحدهما، يكون حراً، والثاني، يكون مملوكاً، فإن اجتمع الواطئان على بيع نصفهِ الرقيق جاز ووقفَ ثمنه على مستحقه منهما وإن تفرّد **أحدهما** ببيع نصفه لم يجز لجواز أن يكونَ أباً وإن كان **أحدهما** مُوسراً، والآخرُ معسراً، فنصفه حرٌ، وفي الباقي وجهان: أحدهما، يكون حراً، والثاني، يوقفُ فإن ألحقُ بالموسرِ كانَ حراً وإن لحق بالمعسرِ كانَ مملوكاً، ولو اجتمعا على بيعهِ لم يجز لتردده بين الرق والحريةِ.

والحكمُ الثالثُ: في النفقة، وهما نفقتان، نفقة الولد ونفقة الأم، فأمَّا نفقةُ الولدِ فتعتبر بأحوالهِ الثلاث، فإن حكم بحريتهِ كلهِ يؤخذان جميعاً بنفقته، فإذا لحق بأحدهما رجع الآخرُ عليهِ بما أنفق وإن حكم بحرية نصفهِ ورق نصفه يؤخذان بها ولا رجوع لأحدهما على صاحبهِ إذا لحقَ بهِ لأن الآخر يصير مالكاً لرقهِ، وإن حكم بحريّةِ نصفهِ ووقوف نصفه يؤخذان بنفقته، فإذا لحقَ بالموسرِ وبان باقيه حراً رَدّ على صَاحبهِ ما أنفق وإن لحق بالمعسرِ وبان باقيه مملوكاً، فلا تراجعَ بينهما.

وأمَّا نفقتها تعتبر بحالها وهي تنقسم ثلاثة أقسامٍ: أحدُها: أن يتحرر عتق جميعها بالأداءِ فنفقتها ساقطة عنهما، فلا يؤخذ واحدٌ منهمَا بها، والثاني: أن يكونِ جميعها صَارَ أم ولدٍ لعجزها ويسار الواطئين فنفقتها وَاجبَةٌ [١٠٤/ب] ويوقف جميعها بها، فإذا بان أنها أم ولدٍ لأحدهما بعينه رجعَ الآخرُ عليه بما أنفق، والثالثُ: أن يكونَ نصفها أم ولدٍ ونصفها مملوكاً لعجزهَا، وإعسار الواطئين فنفقتها واجبةٌ عليها ومستقرة بينهما ولا رجوع لواحدٍ منهما على صاحبهِ بعد البيان لأنه إذا صار نصفها أم ولدٍ لأحدهما فقد صَار نصفها الباقي موقوفاً للآخر فاستويا في التزامهِ.

وقول الشافعي[١] ههنا: فإذا لحق بأحدهما، أو انتسب إلى أحدهما، وهو معسر فنصفها لشريكه بحاله والصداقان ساقطان عنهما يعني: إذا كانا متساويين في الحالِ، والحال حال عجزها يدل على أحدِ الأقوالِ في التقاصِّ.

مَسْأَلَةٌ: قال[٢]: «ولو جاءَتْ مِن كلِّ واحدٍ منهمَا بولدٍ يدعيهِ ولَم يدَّعهِ صَاحبهُ».

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن المكاتبة إذا كانت بين اثنينِ، فوطئها كل واحدٍ منهما فأتت بولدين وكل واحدٍ منهما لا يدعي الاستبراء، ولا يدعي أنه شارك صَاحبه في الوطيء في طهرٍ

(١) انظر الأم (٧/ ٣٨٩).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٧٩).

واحدٍ، وكان كل واحدٍ منهما يعرفُ ولده بعينه، والشافعيُّ فرض المسألةَ فيه إذا عجزت المكاتبَةُ نفسها، فاسترقها السيدان، فالحكم فيها وفي الأمةِ القن إذا كانت بين شريكين فوطئاها، وأتت من كلٍّ واحدٍ منهما بولدٍ حكم واحدٌ ففيهِ مسألتان **إحداهما**: أن يكون قد عرف الذي وطئها أولاً والذي وطئها ثانياً، **والثانية**: أن لا يعرف الأول منهما من الثاني بل كل واحدٍ منهما يدعي أنه لأول وأن الآخر الثاني، فإن تعين الأول منهما من الثاني وادعى كلٌّ واحدٍ منهما ولداً غير الولد الذي يدعيهِ صَاحبه فلا يخلو حالها من أربعة أحوالٍ، [١٠٥/أ] إمَّا أن يكونا موسرين أو كانَ الأول موسراً، والثاني، معسراً، أو كانا مُعسرين أو كانَ الأول معسراً، والثاني، موسراً، فإن كانا موسرين فالكلامُ في الحدِّ والتعزير على ما مضى، وأمَّا المهر وكون الجارية أم ولد ووجوب قيمتها وقيمة الولد، فإن الأوَّلُ لما وطىء وجبَ عليه نصف المهرِ لأن نصفها مملوكٌ لهُ ونصفها لغيره ويصير نصيبُه منها أم ولدِهِ ويقوم عليهِ نصيبُ شريكهِ بالسراية ومتى يسري فيه ثلاثة أقوالٍ: كالعتق سواءً، وينعقد الولدُ حراً، وهل تجب قيمتُه ينظر فإن وضعَته بعدما دفع قيمة نصيب شريكه لم تلزمه قيمته لأنا إن قلنا: يَسري بالإحبال فقد صار جميعها أم ولدٍ له بنفس الإحبال، وإن قلنا: يسري بالإحبال ودفع القيمة، أو قلنا: هو مُراعي، فقد دفع القيمة وصارت أم ولده فلم يلزمه قيمة الولد الذي نصفه في ملكه، وإن وضعت قبل دفع القيمة، فإن قلنا: يسري الإحبالُ بنفسهِ أو هو مراعي ودفع القيمة لا يلزمه، وإن قلنا: بالآخرِ فقد وضعته ونصفها أم ولدٍ له ونصفها مملوكٌ لغيره، فيلزمه نصفٌ قيمة الولدِ لشريكهِ فهذا الحكم فيما يجب على الأولِ، وأمَّا الثاني، فلا يلزمهُ قيمة شيء من الجارية لأنه لا يتصور أن يكونَ شيءٌ منها أم ولده على ما بينتُه، وإنما يلزمُ في حقهِ المهرُ وقيمة الولدِ فأمَّا المهرُ فإنه ينظر فإن وطئها، بعدما صَار جميعها وأم ولدٍ له فعليهِ كمال مهرِ المثل للأولِ لأنه وطىء أم ولد غيره، وإن وطئها قبل أن صَار جميعها أم ولدٍ له فعليهِ نصف المهر لأنه وطئها ونصفها أم ولد للأول ونصفها مملوك له، وأمَّا الولد فينعقدُ حُراً [١٠٥/ب] لشبهةِ الملكِ ثم ينظر فإن وضعته وقد صَار جميعها أم ولدٍ للأولِ فعليهِ كمال قيمته، وإن وضعته قبل أن صار جميعها أم ولده فعليهِ نصف قيمته، ولا يصير نصيبه من الجارية أم ولد له في الحال سواءَ أحبلها بعد ما صار جميعها أم ولد للثاني، أو قبله لأنه وإن لم تصر باقية أم ولد للأولِ، فقد استحق أن تصير أم ولد له وتقوم في حقه فلو جعلناها أم ولدِ للثاني لأبطلنا حق الأول من التقويم في حقهِ وسراية الإحبال، ولا سبيل إلى ذلكَ، وقال القفالُ في نفوذِ الاستيلاد من الثاني في نصيبه على القولِ الذي نقول: لا يصير جميعها أم ولد للأولِ في الحالِ وجهان كما قلنا: إذا أعتق الثاني نصيبَه بعدما أعتق الأول نصيبه، وهو موسر، وقلنا: السراية يوم أداءِ القيمة هل ينفذ وجهان.

فإذا استقر ما يجب لكل واحدٍ منهما على صاحبهِ فإنهما يتقاصان ما يتساويان فيهِ على اختلافِ الأحولِ في المقاصّةِ ثم يرجع صَاحبُ الفضل على صَاحبهِ بما بقي له.

وإن كانَ الأول موسراً **والثاني**: مُعسراً، فالأول لما وطيءَ لزِمَهُ نصف مهر المثل ويصير نصيبهُ أم ولدِهِ، ويسري إلى نصيب شريكهِ ويقوم عليهِ، ومتى يسري فعلى الأقوالِ الثلاثةِ، وينعقد الولدُ حُراً وهل يلزمه قيمته؟ ينظر، فإن كانت وضعته بعد دفع القيمةِ لم يلزمه، وإن كانَ قبل دفع القيمةِ، فإن قلنا: الإحبالُ يسري بنفسه، أو قلنا: يراعي - ودفع القيمة لم يلزمه، وإن قلنا: يَسري بعد دفع القيمةِ لزمه نصف قيمته، فيكون حكم الموسر ههنا بحكمه في القسم الأول سواءً [١٠٦/أ].

وأمَّا الثاني، المعسر إذا وطيءَ فإن وطيء بعدما صارت الجارية أم ولد له يلزمه كمال المهرِ وإن وطيء قبل أن يصير جميعها أم ولد لهُ يلزمه نصف المهر على ما ذكرنا، وهل يصير نصيبه أم ولدٍ، فعلى ما ذكرنا، وأمَّا الولد إن وطئها بعد ما صارت أم ولد الأول، قال أبو إسحاق: ينعقد مملوكاً لأن وطئه صادف أمة لا ملك له فيها ولا يلزمه قيمة الولد، وإن وطئها قبل أن صَارت أم ولد الأول، فقد وطئها ونصفها مملوك له ونصفها أم ولد الأول فيه وجهان على قول أبي إسحاق ويكون نصفه حراً ونصفه مملوكاً وعلى قول ابن أبي هريرة ينعقد حراً ويجب على هذا الشريكِ نصف قيمته في ذمته، فيكون الحكم في هذا القسم كالحكم فيه إن كانا موسرين إلا في هذا الولد في حق الثاني.

وإن كانا معسرين فالأول لما وطيء يلزمه نصف مهر المثل، وصار نصيبهُ منها أم ولده ولا يسري إلى الباقي، وفي الولدِ وجهان، فيستوي في هذه المسألةِ حكم الأول، **والثاني**: في جميع الأحكامِ وتصير الجارية أم ولدهما.

وإن كان الأول معسراً، **والثاني**: موسراً فالأول لما وطيء يلزمه نصف المهر ويصير نصيبه من الجارية أم ولده، فلا يسري، وفي الولد وجهان، وأمَّا الثاني لما وطيء لزِمَهُ نصف المهرِ لأن نصفها له ونصفها أم ولدٍ لشريكه ويصير نصيبه أم ولده ولا يسري إلى نصيب شريكه لأنه قد صار أم ولد للأول، ولا يمكن أن يصير أم ولد للثاني، وينعقد ولده حراً ويجب عليه نصف قيمته [١٠٦/ب] لشريكه فيكون الحكم في هذا القسم كالحكم فيه، إذا كانا معسرين إلا في الولدِ على ما بيّناهُ، والكلامُ في المقاصّةِ بينهما على ما مضى قالَ المزنيُّ لما فرغ من ذكر هذه المسألةِ: قد مضى قوله في هذه المسألة بما قلت لأنها لو لم تكن للأولِ أم ولدٍ إلا بعد أداءِ نصف القيمة لما كان على المحبل الثاني جميع مهرها ولا قيمة ولده منها. قلنا: جواب الشافعي ههنا صدر على قولِ تعجيل السرايةِ وعليهِ فرع حكم المهر والقيمة، ولا يحتج بفرع قولٍ على إبطالِ قول يرد ذلك الفرع.

والمَسألةُ الثانية: وهي إذا لم يعلم الأول منهما بل كل واحدٍ منهما يدعي أنه هو الأول والمسألةُ مفروضةٌ فيما فرضنا المسألة قبلها، وهو إذا كان كل واحد منهما لا يدعي الاستبراءِ ولا يدعي مشاركة صَاحبه في الوطيء في طهرٍ واحدٍ، فلا يخلو حالهما من ثلاثة أحوالٍ: إمَّا أن يكونا موسرين أو معسرين أو أحدهما، موسراً والآخر،

معسراً، فإن كانا موسرين، وكل واحدٍ منهما يقولُ: أنا الذي وطئتُ أولاً فعليّ نصف المهر، وقد صَار نصيبي أم ولدٍ وسرى ذلكَ إلى نصيب شريكي فصارت الجارية كلها أم ولدٍ لي وعليّ قيمة نصيب شريكي، والولد حرٌ وعلي نصف قيمته إن كان وضعته قبل دفع القيمةِ وقلنا: الإحبال لا يسري إلا بعد دفع القيمةِ، ولاَ شيءَ عليّ إذا وضعته بعد دفع القيمةِ وأنتَ أيها الشريك، وطئتَ بعدي فعليكَ نصف المهر في حالةٍ وكمال المهر في حالةٍ أخرى على ما بيّناه في المسألة قبلها ولا يجب عليكَ شيءٌ من قيمة الجارية وعليكَ [١٠٧/أ] كمال قيمةِ الولد في حالةٍ، ونصف قيمته في حالةٍ أخرى، فإذا ثبتَ هذا فإن كل واحد منهما يقرّ لصَاحبهِ بنصف قيمةِ الجارية وصَاحبه لا يدعي ذلكَ فسقط إقرارهما فيه، ويبقى الاختلافُ بينهما في المهرِ وقيمةِ الولدِ، فإن قلنا: يجب على الأولِ نصف المهرِ وعلى الثاني النصف لا يفيد الاختلاف، وإن قلنا: يجب على الأول نصف المهرِ وعلى الثاني كمال المهرِ وهي إذا وطئها بعدما صَارت أم ولد الأول فههنا يفيد الاختلاف، فإن كل واحدٍ منهما يدعي على صَاحبهِ نصف المهر، فيحلف كل واحدٍ منهما للآخر على نفي ما يدعيهِ عليهِ ويسقط التداعي. وأمَّا قيمة الولدِ فإنه إن كان للأول يجبُ عليهِ نصف قيمة الولدِ، وعلى الثاني نصف قيمة الولد، فلا يفيد الاختلاف شيئاً بل يتقاصان، وإن كان الثاني يجب عليهِ كمال قيمة الولد والأول لا يجب عليه شيءٌ أو يجب عليهِ نصف القيمةِ فالاختلافُ بينهما يفيد فيحلف كل واحدٍ منهما على نفي ما يدعيهِ صَاحبه عليهِ ويسقط التداعي، فإذا تقرّر هذا، فنقول: قال الشافعيُّ[١] رضي الله عنه في زمان الإشكال: وقفتها وأخذتهما بنفقتها فإذا مات واحد منهما عتق نصيبه وأخذ الآخر بنفقة نصيب نفسهِ، فإذا مات عتقت وولاؤُها موقوف. وقال القاضي الطبريُّ: هكذا ذكر الشافعي في «الأم»، قال عامةُ أصحابنا: إنما قال الشافعي يعتق نصيب من مات منهما لأن الظاهر أنه ولدها وأنها كانت ملكاً له وَشككنا في إحبالِ شريكهِ [١٠٧/ب] قد انتشر إلى نصيبهِ أم لا فأعتقنا نصيبه بالظاهرِ لأن العتق مبنيّ على الغلبة والسراية، وإذا مات الآخر عتق الباقي ويكون ولاءُها موقوفاً لأنا لم نتيقن أن الولاءَ لأحدهما. وبه قالَ ابن أبي هريرة وَصَاحب «الإفصاح»، وقالَ أبو حامدٍ وأكثرُ أصحابنا: إذا مات **أحدهما** لا يعتق منها شيءٌ لأنه يحتمل أن تكون أم ولدٍ للحي خاصةً فلا نوقع العتق بالشكِّ. وهكذا قال صَاحب «الحاوي»[٢]، فإن ماتا عتقت الآن لأنها أم ولدٍ لأحدهما وإن لم يتعين، قالَ صَاحب «المنهاج»: هذا مشكل لأنا لا تعلم المستولد الأول منهما ونعلم أن **أحدهما** إذا سبقَ بالاستيلاد وَهو موسرٌ فعتق جميعها معلق بموتهِ، ولا يتعلق بموت **أحدهما** وإزالة هذا الإشكال بأن يقالُ: لا يستقيم هذا الجواب إلا على أحدِ القولين وأحد الوجهين، أمَّا أحدُ القولين، فالقول الذي يقول بتأخير السراية إلى وقت الأداءِ، والأداء لم يحصل لأن الطالب لم يتميز من المطلوب،

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٨٩).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٢٩).

وأمَّا أحد الوجهين هو الوجه الذي يقولُ: إذا أعتق الموسر نصيبَهُ وأخرنا السراية إلى الأداءِ، فأعتق الثاني نصيبَهُ قبل قبض القيمةِ نفذ عتقه وكذلكَ في الاستيلاد ينفذ استيلاده فعلى هذا القول وعلى هذا الوجه إذا مات **أحدهما** عتق نصيبُهُ يقيناً لأن الميت إذا كانَ أولهما استيلاداً فنصيبُ أم ولده باستيلاده، وإن كان الثاني فنصيبُهُ أم ولده يتراخى قبض القيمةِ. وإن كانَا معسرين فلا يفيد اختلافهما شيئاً لأن كل واحدٍ منهما يقول: علي نصف المهرِ، وقد صار [١٠٨/أ] نصيبي أم ولدٍ، وَلم يَسر ذلكَ إلى نصيب شريكي وفي ولدي وجهان فيتقاصان بنصف المهر ويتقاصان بنصف قيمة الولدِ إذا أوجبنا ذلك، وتكون الجارية أم ولد لهما معاً، فإن مات **أحدهما** عتق نصيبه منها ويثبت الولاء عليهِ لعصبته، ونقل الربيعُ: أن الولاءَ موقوفٌ إذا كانا معسرين أيضاً ونص في «الأم»[1] عليهِ، فقال: وولاءُها موقوفٌ بكل حالٍ، وإن كانا معسرين أو **أحدهما** معسرٌ، والآخر موسرٌ، قال أبو إسحاق: هذا سهو منه في النقل، والصحيحُ ما رواه المزنيُّ وهو أنه قيد، فقال: وولاءُها موقوفٌ بكل حالٍ إذا كانا موسرين فدل على أنهما إذا كانا معسرين لا يتوقف الولاءُ بل يكون الولاءُ بينهما، ويشبه أن يكونَ الذي في «الأم» شيئاً جرى به القلم، وهكذا قال الماسرجسي والقفالُ، وهذا لأن الولاءَ في اليسار مشكل متوقف، وفي الإعسارِ غير مشكل فلم يجز أن يوقف، وقال ابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح»: أرادَ به إذا كانا معسرين وقت التنازع والحكم لا في وقت الإحبال، وفي ذلكَ الوقت كانا موسرين.

وإن كان **أحدهما** موسراً، والآخر معسراً، فالموسرُ يقول: أنا وطئت أولاً فعليّ نصف المهر وقد صار نصيبي أم ولدي وسري إلى نصيب شريكي، وعليَّ قيمته وولدي حُرٌ وعليّ نصف قيمته في حالةٍ ولا شَيءَ عليَّ في حالةٍ أخرى، وأنت أيها المعسرُ وطئتَ بعد ذلكَ، فعليكَ كمال المهر في حالةٍ ونصفة في حالةٍ أخرى، وولدكَ أن يكونَ مملوكاً أو نصفه حُر أو جميعه حرٌ، وعليك نصف قيمة الجارية لم يصر شيءٌ منها أم ولدٍ لكَ والمعسرُ يقول: أنا وطئتُ [١٠٨/ب] أولاً فعليَّ نصف المهرِ وقد صار نصيبي من الجارية أم ولدٍ ولم يسرِ ذلكَ إلى نصيب شريكي وفي ولدي وجهان، وأنتَ وطئتَ بعد ذلكَ، فعليكَ نصف المهرِ وصار نصيبكَ من الجاريةِ أم ولدٍ وولدكَ حُرٌ وعليكَ نصف قيمته. فأمَّا الاختلافُ في المهرِ وقيمة الولد فإنهما يتحالفان عليهِ ويسقط ما يدعيهِ كل واحدٍ منهما على صاحبه منه.

وأمَّا الجارية فقد أقر أن نصفها أم ولد للموسِر ونصفها الباقي يدعي هو والمعسرُ، فيكون موقوفاً بينهما، فإذا مات الموسر عتق عليهِ نصفها وثبت الولاءُ في هذا النصفِ لعصبتهِ، والنصف الآخر يوقَفُ، فإذا مات المعسرُ عتق، ويكون ولاءُ نصيبه موقوفاً بين ورثة السيدين على ما ينكشف فيما بعدُ.

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٨٩).

ونقل المزني: أن جميع ولاءُها موقوفٌ إذا كانا موسرين أو أحدهما، وَهذا الجوابُ راجع إلى الموسرين، وقيل: لم يقل المزني جميع الولاءِ بل قالَ: وولاءُها موقوفٌ إذا كانا موسرين، أو أحدهما، وأرادَ نصفَ الولاءِ إذا كان **أحدهما** موسراً.

وقال القفالُ: هذا إذا قلنا بنفس العلوقِ تصير أم ولدٍ للموسرِ، فأمَّا إذا قلنا: يأخذ القيمة، وقلنا: ينفذ استيلاد الشريكِ في نصيبهِ، فههنا لم يكن أخذ القيمةِ فتكون الجارية أم ولدٍ لهما بينهما نصفين وإذا عتقت، فالولاءُ بينهما نصفين ولا حاجةَ إلى الوقف.

فَرْعٌ

إذا كاتب اثنان عبدهما فجنى العبدُ عليهما موضحةً لزمَهُ لكل واحد الأقل من أرش الجنايةِ أو القيمة، أو الأرش بالغاً ما بلغ، فلم يؤد إليهما حتى عجز [١٠٩/أ] سَقط من حصةٍ كل واحدٍ منهما نصفها، فلو قالَ قبل عجزه: لا أؤدي إلى كل واحدٍ إلا النصف خوفاً من عجزي، قيل: ليسَ لكَ ذلكَ قبلَهُ.

بَابُ تعجيل الكتابة

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ويجبرُ على قبولِ النجمِ إذا عجَّلَهُ».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتَب على مَالٍ ثم إن المكاتب عجل للسيد المال قبل مَحَلهِ ينظر، فإن كانَ من الأشياءِ التي تتلف ولا تبقى على الدوام كالطعام الرطب ونحو ذلك لم يجبر على قبولهِ لأن له غرضاً في أن يحصل له هذا المال حين يحل الأجل، وإن كان مما يبقى إلا أنه يلزمهُ في حفظه مؤنة ككراءِ البيت مثل القطن ونحوه، لا يجبَرُ عليهِ وكذلكَ إذا كان حيواناً يلزمه كراء الموضع الذي يحفظ فيهِ، فلا يجبر عليهِ. وقول الشافعي(٢): فليس عليهِ قبوله إلا في موضعهِ، يعني في موضعهِ من الزمان وموضعهِ من المكان، وإن لم يكن في حفظه مؤنة نظر، فإن كانَ هناكَ خوفٌ فلا يخلو، إمّا أن يكونَ الخوفُ حال العقد موجوداً، أو لم يكن، فإن كانَ موجوداً حال العقد، فهل يجبر على قبوله، فيه وجهان: أحدهما، وهو الأصح لا يجبرُ لأنه يخاف عليهِ في حال القبض قبل حلوله فأشبه إذا كان البلد آمناً حال العقد، ولأن اعتبار حالة الحلولِ أولى من اعتبار حالة العقد لأنه وقت الاستحقاق، ولا يعلم بقاءُ خوفهِ في تلكَ الحالةِ فلا يلزمه التسليم، في حالةِ الخوفِ، والثاني: يجبر على قبولهِ لتماثل الزمانين في الخوف نصاً كما لو عقد والبلد خرابٌ وأقبضه المال، والبلدُ خرابٌ يجبرُ على قبولهِ بلا خلافٍ. وقيلَ: هذا ظاهر مذهبِ الشافعي رضي الله عنه، وهو اختيار ابن أبي هريرة، [١٠٩/ب] وإن كانَ هذا الخوفُ معهوداً لا يرجى زواله يلزمه قبوله وجهاً واحداً ذكره في «الحاوي»(٣)، وإن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٧٩). (٢) انظر الأم (٧/ ٣٩٠).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٣٢).

لم يكن في البلد خوفٌ وفتنة يجبر عليه، فإن أخذه، وإلا أخذه الحاكم عنه، وحكم بعتق العبدِ، واحتج في ذلكَ بعمر بن الخطاب رضي الله عنه وفسره في «الأم»، فقال: روي أن مكاتباً لأنس رضي الله عنه جاءَ عمرَ بن الخطاب رضي الله عنه، فقالَ: إني أتيت بمكاتبتي إلى أنس بن مالكٍ، فأبى أن يقبلها، فقالَ: إنَّ أنساً يريد الميراث ثم أمر أنساً أن يقبلها أحسبه، قال: فأبى فأراد أن يأخذها ويضعها في بيت المال، فقبلها أنسٌ، وعتق[1] هكذا ذكر القاضي الطبريُّ، وروى ابن سيرين عن أبيه، قال: كاتبني أنسُ بن مالكٍ على عشرين ألف درهم، فكنت فيمن فتح تستر فاشتريت رثةً، فربحت فيها، فأتيتُ أنس بن مالكٍ بكتابتهِ، فأبى أن يقبلها مني إلا نجوماً فأتيتُ عمرَ بن الخطابِ رضي الله عنه فذكرتُ ذلكَ له، فقالَ: أراد أنس الميراث وكتبَ إلى أنسٍ أن أقبلها من الرجلِ فقبلها، وروى بعض أصحابنا أن عمرَ أخذ ذلكَ، وقال لأنسٍ: قد أعتقته، فإن شئتَ أخذتها، وإن شئتَ وضعتها في بيت المال، وروي أنه قالَ لعمرَ: إنه يريد أن أموت فيأخذ مالي وولدي، فقالَ له عمر: تأخذه، أو أضعه في بيت المال، فأخذه أنسٌ وعتق سيرين. ومعنى قول عمرَ أضعه في بيت المالِ، أي أحفظه عليكَ، ولم يرد أنه يصير مالاً للمسلمين أنفقه عليهم وكانت صورة الحال أنه لم يكن في تعجيله ضررٌ عليهِ، وفي هذا دليل على أن المكاتب إذا مات مات رقيقاً، وإن حلف وفاء لأن سيرين قال: يريد أن أموت فيأخذ أموالي وأولادي، ولم ينكر عليه عمرُ رضي الله عنهُ، [١١٠/أ] وروى سعيد المقبري عن أبيه: أن امرأة استرقته من سوق ذي المجاز وقدمت مكة فكاتبته على أربعين ألفاً، فأدى عامّةُ المال، ثم أتى بباقيه، فقالت: لا، والله حتى تأتي سنةً بعد سنةٍ وشهراً بعد شهرٍ فخرج بالمال إلى عمرَ رضي الله عنه فأخبره بذلك، فقال: ضعه في بيت المالِ وراسلها أنه قد أخذ المال وعتق أبو سعيدٍ، فإن اخترت أخذته شهراً بشهرٍ وسنةً بسنةٍ، فافعلي فأرسلت وأخذت المال[2]. وروي معنى هذا عن عثمان رضي الله عنه[3]، فإن قيل: إذا حصل القبض قبل حلول الأجل يجب أن لا يعتق لأن الصفة لم تحصل فإن السيد، قالَ: إذا أديت إليَّ في وقت كذا، فإذا قدمَهُ عليهِ لم توجد الصفة فلا يعتق.

قُلنا: المغلّبُ في الكتابةِ الصحيحةِ حكم المعاوضةِ دون العتق بالصّفةِ، فإذا كانَ كذلك وقبضهُ برئَ المكاتب منه، فإن برئ مما عليه عتق كما لو أبرأه مولاهُ من غير قبضٍ ويفارق هذا إذا قالَ: إن أديت إليَّ ألفاً في رمضان، فأنت حرٌ، ثم أعطاهُ في شعبان لا يعتق لأن المغلّبَ هناكَ حكم الصفةِ.

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٠٧)، وفي «معرفة السنن» (٦١١٥).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٠٨)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٥٣، ٥٥٤).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧١٠)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٥٤).

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»[(١)]: وهكذا لو كاتبه ببلدٍ ولقيه ببلد غيره، فقالَ: لا أقبض منكَ في هذا البلد أجبر على القبولِ حيث كان إلا أن يكون في طريق فيه نهبٌ فلا يجبَرُ على أخذها منهُ، ثم قالَ: هذا في الدراهم، والدنانير فأمَّا في الحديد والنحاسِ والرصاصِ مما في حمله مؤنه فلا يلزمه أن يقبله ببلد غيره لأن للحمولة مؤنة بخلافِ الدنانير والدراهم، فإنه لا مؤنة لحملها، وقال لا فرقَ في هذا بين أن يأتي به في محلهِ أو معجلاً، فإن كانَ السيدُ في ذلك البلدِ لزمه قبوله، وإن لم يكن في ذلكَ البلدِ روعيت مسافة البلدين فإن كان بينهما قريبٌ [١١٠/ب] لا يُقصر في مثله الصلاة لزمه قبوله، وإن كانَ بعيداً فيه وجهان: أحدُهما: لا يلزمه لما عليهِ من الضرر في إبعاد مالهِ عن بلده، **والثاني**: يلزمه قبوله لأن أجزاؤهما متماثلة واستيطان كل واحدٍ منهما ممكن.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[(٢)]: ولا يكلف المكاتب أن يعطيه ذلكَ بغير البلد الذي كاتبه فيه فنص على أن المكاتب لا يجبرُ على دفع ما عليهِ في غير البلدِ الذي كاتبه فيه، وهو صحيح.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: وإذا حل على المكاتب شيءٌ فتأخر سنةً أو أكثر ولم يعجزه سيده، ثم قالَ سيده: لا أقبضه لأنه في غير وقته أجبر على قبضه إلا أن يبرأه منه لأنه حالٌ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: فإذا تدارك على مكاتبه نجمان أو أكثر ولم يعجزه السيدُ، ثم قالَ: أنا أعجزه، لم يكن له ذلكَ ويقال للمكاتب: أدّ جميع ما عليكَ قديماً وحديثاً فإن فعل، فهو على الكتابة، وإن عجز عن شيء من ذلكَ، فهو عاجزٌ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: فإن كانَ في طريق خربةٍ وهي للتلصص أو بلد فيه يهب لم يلزمهُ قبولهُ إلا أن يكونَ في ذلكَ الموضعَ كاتبه فيلزمه قبوله لأن موضعَ العقدِ موضع التسليم إذا لم يذكر للتسليم موضعاً وهذا عند الحلول، فأمَّا إذا أتى به في حال الخوف قبل الحلول فقد ذكرنا.

فَرْعٌ آخرُ[(٣)]

ولَو عَجَّلَ لَهُ بَعْض الكِتَابة عَلَى أَن يُبْرِئَهُ.

الفَصْلُ

إذا كاتب عبداً على ألف درهمٍ فجاءَ بخمسمائة قبل الأجلِ، وقال: خذ هذه على أن

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩٠).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٩٠).

(٣) انظر الأم (٧/ ٣٩٠).

تبرئني من الباقي لم يصح ذلكَ فإنه مضارع لربا الجاهلية، وذلكَ أن من كانَ له الدين إلى أجلٍ إذا حل دينُهُ يقول تقضي أو تربي، فإن قضى أدى وإن قالَ: أربي، زادَ في الدين وفسح له في الأجل، وهذا المعنى موجودٌ ههنا لأنه يسقط الحق في مقابلة نقصانِ الأجلِ [١١١/أ] كما كانوا يزيدون في الدين في مقابلةِ الزيادة في الأجلِ وهذا لأن الأجال لا يجري عليها المعاوضات، فإذا ثبتَ هذا لم يصح القبض يسترجع المكاتب ما دفع إليهِ ويؤديهِ إذا حل الأجلُ ويرجع السيدُ إلى ما أسقط من المالِ.

فَرْعٌ آخرُ(١)

قالَ الشافعي رضي الله عنه: «فإن أحبّ أن يصح هذا فليرض المكاتب بالعجز، ويرض سيده بشيءٍ يأخذه قبل أن يعتقه، فيجوز» فإن قال قائل: فإذا فعل هكذا ارتفعت الكتَابَةُ، وإذا ارتفعت فالسيدُ بالخيار إن شاءَ أعتقه وإن شاءَ لم يعتقه، قلنا: كذلكَ الأمرُ وما علينا من ذلكَ، وإنما أرادَ الشافعيُّ: حالة تراضيهما ليحصل العتق بقبض صحيح، وَيكون كالعتق على مالٍ معلومٍ لما عجز عن مثل ذلكَ في الكتابةِ وبه قال صاحب «الإفصاح» وغيره الاحتياط للعبد أن يقول السيدُ: إذا عجزت نفسك وأديت خمسمائة، فأنت حرٌ، فإذا عجز نفسَهُ وأعطى ذلك فهو حرٌ، ولا يمكن السيدُ الرجوع عنهُ وهذا أحوط مما ذكره الشافعي، وقيلَ: مرادُ الشافعي ما ذكر صَاحب «الإفصاح»، وقال أبو حنيفة: يصح هذا الشرط والبراءة وعتق العبد إذا فعل السيدُ ما قال العبدُ وهذا لأن مال الكتابةِ غير مستقر فلا يكون ديناً صحيحاً، ولا يكون هذا معاوضةً عن الأجلِ، فيحمل على أنهُ أخذَ بعضَهُ وأسقط بعضَهُ وخالفَهُ أبو يوسف وزفرُ، وهذا غلطٌ لأن هذا ربا لأنه بيع ألفٍ بخمسمائة على ما ذكرنا ولا شك أن هذا عوضٌ في العقدِ وعدم الاستقرار لا يدل على أنه ليس بدينٍ صحيح كالثمن قبل تسليم المبيع، فإذا تقرر هذا وفعل العبد ذلكَ وعتق يثبت بين السيد وبينه التراجع، فيحتسبُ له ما دفع من قيمته ويتراجعان الفضلَ لأنه جعل بدل العتق [١١١/ب] الخمسمائة، والتعجيز، فلا يجوز أن يكونَ التعجيز بدلاً عن العتق فكأنه أوقع العتق على بدلٍ فاسدٍ، فيسقط المسمى ويثبت التراجع بينهما.

واعلم أن المزني قال: قال الشافعيُّ في هذا الموضع: إن وضع وتعجل لا يجوز، وقال في موضِع آخر: إن وضعَ وتعجل جاز فأجازه في الدين، قال المزني: يجوز أحبّ إليَّ، قالَ أصحابنا: ليسَ ذلكَ على قولين، وإنما هو على اختلاف حالين فالموضع الذي قال: يجوز في الدين على ما حكاهُ المزنيُّ هو أن يتعجل ويضع ولا يجعله شرطاً، فإذا كانَ كذلك فهو جائزٌ، والذي قال: لا يجوز إذا جعله شرطاً وهذا كما قال في كتاب الصُّلح: إذا كانَ له على آخرَ ألف درهم فأعطاهُ خمسمائة على أن

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩٠).

يبرئهُ من الباقي لم يجز، وإن أخذ خمسمائة، وأبرأه من الباقي من غير شرطٍ جاز وبرىء، وقيل: أشار المزني إلى قولين، وهو غلطٌ منه وهذا لا يصح لأن المزني لم يعتقد إلا ما ذكرنا من غير إشكالٍ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لمكاتبِهِ إن أعطيتني ديناراً، فأنت حرٌ، فأعطاهُ ديناراً أعتق بدفعِهِ ويغلّب حكم الكتابةِ بِهِ فصار العتق فيها على عوضٍ فاسدٍ فيلزمُ المكاتب فيها قيمتَهُ ويرجع بما أداهُ من قبل مع الدينارِ الذي عتق بهِ من العبد ويتقاصان مع اتفاق الجنسين ويتراجعان الفَضلَ إن كان فيهِ وهذا لا يصح لأنه لا تصح المعاوضة على المكاتب.

بَابُ بَيع المكاتبِ وشِرَائه

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «وبيعُ المكاتبِ وشراؤهُ في الشفعة لَهُ وعليهِ فيما بينَهُ وبين سيده والأجنبي سواءٌ».

جملةُ هذا أن المكاتب يصح بيعهُ وشراؤهُ من سيده وغيره لأن المقصود من الكتابةِ حصولُ العتقِ، [١١٢/أ] وإنما يحصل العتق بالأداءِ والتصرفِ فوجب أن يمكن من ذلكَ ليحصل له المال فيؤديه به ويعتق فإن بيع شقصٌ في شركتهِ جاز له أخذه بالشفعةِ لأنه قد يكون له حظٌ في ذلكَ فوجب تمكينه من ذلكَ وله أن يأخذه من سيدهِ بالشفعةِ ويأخذ السيد منه بالشفعةِ لأن السيدَ ممنوع من التصرفِ في المال الذي في يده كما هو ممنوع من التصرفِ في مالِ الأجنبي، وقالَ أبو إسحاق في عِلّتهِ: لأن المكاتبَ مالكٌ لما في يده دون سيده غير أنه ممنوع من إتلافِ ما في يده خوفاً من عجزه، وإلا فلا ملكَ للسيد في ذلكَ ما دام مكاتباً وقد يمنع الإنسان أن يتلفَ ملكه أو يفسده فلا يكون ذلكَ دليلاً على أن لا ملكَ له فكذلك المكاتب وَإن كانَ ملكه ناقصاً، فهو المالكُ والمتصرفُ ولو كانَ السيدُ هو المالك لتصرف هو فيهِ، وقامَ بتنميته دون المكاتب فلما كانَ التصرف إلى المكاتب علم أنهُ هو المالكُ ولكن لم يكمل ملكه فلم يكمل تصرفُهُ، وعلى هذا لو كاتبت امرأةٌ عَبدهَا فوطئها بشبهةٍ استحقت عليهِ مهرُ المثل، وإن كانا عالمين حُدّا فإنه لا شُبهة بينها وبين عبدها فكيفَ بينها وبين مكاتبها، وقد قال الشافعي في «القديم»: يملك المكاتبُ ما في يده.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٢]: إلا أنَّ المكاتبَ ممنوعٌ مِنَ استهلاكِ مالِهِ، وأنْ يبيعَ بمَا لا يُتغابنُ الناسُ بمثلِهِ.

جُملة هذا أن المكاتب لا يهب مالَهُ ولا يبيعه بالمحاباةِ ولا يقرض بغير إذن السيد؟ لأنهُ ممنوعٌ من هذه الأشياءِ قبل عقد الكتابةِ وإنما استفادَ بالكتابةِ التصرفَ الذي فيهِ خطه ويتوصل به إلى تحصيل المقصود من العتق وهذه الأمور إتلاف للمال لا حظّ له

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).

فيها فيمنع منها كما منعَ منها قبلَ عقد الكتابةِ، [١١٢/ب] وإنما استفاد بالكتابةِ التصرف ولا فرقَ في الهبة بين أن يكونَ على مكافأةٍ أو غير مكافأةٍ لأنه لا حظ له في ذلكَ، لأن أكثر ما يجب من المكافأةِ على قول من يجبر ذلك قيمة الشيء الموهوب ويحتاج إلى تسليمه أو لا يطالبه بذلك، فلا حظ لهُ فيها، وقوله: إنه ممنوعٌ من استهلاكِ طلبهِ أراد بما ذكر من المحاباة أو الهبةِ، ولم يرد بهِ الإتلاف المحض لأن سائر الناس ممنوعون من ذلك أيضاً، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: للمكاتب والمأذون أن يبيعا ما عزّ وهان من الثمن كالوكيل المطلق بالبيع وكلامنا ههنا أظهر لأن هناك لفظاً عاماً وهو قوله «بيع» ولم يوجد ذلك هاهنا كالولي في مالِ الصبي، فإن فعل شيئاً مما ذكرنا بإذن سيده نصَّ في «الأم» ونقله المزني: أنه يجوز، وقال الربيع: فيه قولٌ آخر لا يجوز، ونصَّ في الخلع على المكاتبة إذا اختلعت بإذن السيدِ على مالٍ بذلته لم يجز، والخلع قريب من الهبة، فإنه إخراج المالِ بغير عوضٍ، واختلفَ أصحابنا في المسألةِ على طريقين: أحدهما: أنه ينقل جواب كل واحدةٍ من المسألتين ويخرج كلاهما على قولين: أحدهما، لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة، لأن هذا المال غير مملوكٍ لسيدِ المكاتب، وملك المكاتب عليهِ ناقصٌ، فإذا وهبَهُ **أحدهما** وأجازه الآخر لم يجز كما لو زوج الأخُ أخته الصغيرة بإذنها لم يجز لأن ولايته عليها ناقصة، ولهذا لو أذن له السيدُ في وطء جاريته، لم يجز لهُ وطئها، والثاني، وهو الأصح يجوز لأن المال لم يخرج من بينهما كالشريكين، في المال إذا وهبَ **أحدهما** بأن صاحبه جاز، ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما، وهي الطريقة الثانية، فقالَ: [١١٣/أ] الهبةُ تجوز بإذن السيدِ والخلع لا يجوز، والفرق أن بالهبة يحصل الثوابُ، إما من جهة الله تعالى أو من جهة الآدمي بالمكافأة، ولا يحصل لها بالخلع في مقابلةِ المالِ الذي يخرجه من يدها عوض بحالٍ، فلا يصح ولهذا يندبُ إلى الهبةِ دون الخلع. وهذا ليسَ بشيءٍ والاعتماد على الطريقة الأولى.

فَرْعٌ

لو وهبَ المكاتب لسيده شيئاً فقبله فهما كإذنه فيها فيكون على قولين ونص في «الأم»: أنه يجوز، فإذا قلنا: يصح، فإن قلنا: تجبُ المكافأةُ في الهبةِ المطلقةِ يجب على السيدِ أن يكافئه فيدفعه إلى مكاتبه أو يحتسبُ بها من مال كتابته، وإن قلنا: لا تجبُ المكافأةُ وروعي حال المكاتب، فإن أدى مال كتابتهِ من غيره استقر ملك السيد على الهبة، وإن عجز وكانَ في الهبةِ وفاءً بما عليهِ ففي رجوع المكاتب بها ليؤديها في كتابته فيعتق به وجهان: أحدهما: لا يرجعُ كالهبةِ للأجنبي، والثاني: يرجع لأن مال الكتابةِ مستحقٌ للسيدِ في كتابته فبأي وجهٍ صَار إليهِ استحق بهِ العتق، ولو وهبَ لولد سيدهِ، فإن كان صغيراً فالسيدُ قابلها، فيصير قبوله لها كإذنه فيها، فيكون على قولين،

ولا يرجع بها المكاتبُ إن عجز ذكره في «الحاوي»(١).

فَرْعٌ آخرُ

قد ذكرنا أن نكاح المكاتب يجوز بإذن السيدِ وكذلكَ نكاح المكاتبة، وقال القفال: لا يصحُّ نكاحها بحالٍ، وإن زوجها سَيّدها بإذنها قولاً واحداً لأن ملك السيد فيها ناقصٌ، وهي في نفسها ناقصة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: [١١٣/ب] المشهور أنه لا يجوز وفيه وجهٌ آخرُ أنه يجوز وكأنهما مبنيان على تبرعات المكاتب، وهذا غير صحيح عند أصحابنا بالعراقِ. قال القفالُ: ولا يجوز أيضاً تزويج أمةِ المكاتب وإن كانَ بإذن المكاتب، ولا يجوز للسيد أن يتزوج بأمةِ مكاتبهِ ولو تزوج بأمة ثم كاتب عبداً، ثم اشترى المكاتب تلك الأمة لم يبطل النكاح، وكذلكَ لا تتزوج المرأةُ بعبد مكاتبها ولو تزوجت بعبدٍ فاشتراه مكاتبها أو مكاتبتها لم تبطل كما لو اشترى لابنه زوجة ابنه لا يبطل، وقد ذكرنا فيما مضى وجهاً آخرَ أنه يبطل النكاح كما لا يجوز ابتداء النكاح وهو الأقيسُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «وَلاَ يكفُر فِي شَيءٍ مِنَ الكفَاراتِ إلاَّ بالصَّوم».

قد ذكرنا هذا فيما تقدم لأن له عنية عن التكفير بالمالِ بأن يكَفر بالصّوم فلا يجوز له إتلاف المال بغير إذن سَيده فيما لا حاجة له فيهِ، فإن أذن له السيّدُ في التكفير بالمالِ، فإن كان بالإطعام، أو الكسوة، وقد ذكرنا قولين بناءً على أن العبد يملك بالتمليك أم لا، وقيل: إنهما مبنيان على القولين في تبرعاته بإذن سيدهِ، ولو أذن له في التكفير بالإعتاق لا يجوز.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٣): «وإنْ باعَ ولم يتفرقا حتى ماتَ المكاتب وجبَ البيعُ».

ظاهرُ هذا أن خيار المجلسِ ينقطع بالموتِ، وقد ذكرنا ما فيهِ من الطرق في كتاب البيع، واختار ابن أبي هريرة أنه يقوم السيدُ مقامَهُ. وقوله: وجب البَيعُ أرادَ لا يبطل البيعُ بموتهِ، ويقوم السيدُ مقامَهُ فيهِ، [١١٤/أ] قالَ: وهذا أصح التأويلاتِ، وقال القاضي الطبريُّ: هذا مخالفٌ لكلام الشافعي في «الأم»، وذلكَ أنه قال(٤): لو باع المكاتبُ، أو اشترى شراءً جائزاً على أن المكاتب بالخيار ثلاثاً، أو أقل فلم تمض أيام الخيار حتى مات المكاتب قامَ السيدُ في الخيار مقام المكاتب في رَد البيع وإمضائه، ولو باعَ أو اشترى شراءً جائزاً بلا شرطِ خيار، فلم يفترقا عن مقامهما الذي تبايعا فيهِ حتى مات المكاتب وَجب البَيعُ لأنه لم يختر الرد حتى مات، فالبيع جائز بالعقد الأول ففَرق الشافعي بين خيار الشرط وخيار المجلس، فلم يصح ما قالَ هذا القائل، والظاهرُ منه قولٌ آخرُ وأن المسألةَ على قولين، وأمّا خيار الشرطِ، فالفرق بينه وبين خيار المجلسِ أنهُ يختصّ بالعاقد ولا يتعداهُ وخيار الشرط لا يختص بالعاقد فإنهُ

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٣٧).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).
(٤) انظر الأم (٧/ ٣٩١).

يجوز شرطه لغير العاقد فجاز أن يقوم السيدُ فيهِ مقام المكاتب.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «ولا يبيعُ بدينٍ».

اعلم أنه لا يجوز للمكاتب أن يبيع شيئاً بثمن مؤجل لأن فيه تغريراً بالمالِ إذ يخرج السلعةُ من يده ويستبدل مكانها ما لا يمكنه التصرفُ فيه، وقال في «الأم»[2]: ولا يبيعُ بدينٍ، وإن كثر فضله فيه بحالٍ، وإن رهن عبده وأخذ حميلاً لأن الرهن يهلك والغريم والحميل يفلس فلا يجوز فإن كانَ بإذن سيده، قال في «الأم»[3]: يجوز وفيه قولٌ آخرُ على ما ذكرنا في التبرعاتِ، وقالَ بعض أصحابنا: يجوز أن يبيع ما يساوي مائةً بمائةٍ وعشرين، ويقبض المائة وتبقى العشرونَ إلى مدةٍ وللمكاتب أن يشتري بالدين لأنه ليس فيه تغرير عليه، وإنما التغرير على البائع، وهذا إذا لم يطلب منه الرهن به، [١١٤/ب] وبيع منه ما يساوي بيع مثل الأجل لأنه لا يكون غبناً.

وإن بيع منه مؤجلاً، فأولى وأجوز وهكذا له أن يستسلم في ذمته لأن له فيه خطأ إلا أنه لا يجوز أن يدفع بذلكَ رهناً لأن الرهن أمانة في يده فربما يتلف ولا يضمن ذلكَ، ويبقى الدين في ذمته على حالته وله أن يستسلف يعني يستقر بين من ليس له أن يرهن في القرض، ولا يجوز أن يقرض ماله، ولا أن يسلف في طعام لأن ذلك دين قد يتلف، وقال في «الأم»: ليس له أن يضارب أحداً، وإن كان أميناً لأنه يخرج من يده إلى غيره مالاً ربما لا يصل إليه بأن يموت الرجل أو يجحد أو يفلس. قال أصحابنا: وله أن يأخذ المال من غيره قراضاً.

قال الشافعيُّ[4]: وله أن يبيع بخيار الثلاث إذا قبض الثمن لأن البيع مضمونٌ على قابضهِ، إمَّا بالثمن أو بالقيمة، وهذه إشارة إلى قولي الملكِ إن قلنا: إن الملك للمشتري فمضمون بالثمن، وإن قلنا: للبائع فمضمون بالقيمةِ.

وقال القفالُ: لو اشترى أو باع شيئاً لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض إلاّ أن يسلم المسلم العوض في الحالِ أو المجلس فذلك القدر لا يمكن الاحتراز عنه، وعلى هذا قال بعض أصحابنا بخراسان: يصحّ منه السلم الحال فيتسلم العوض في الحالِ، وهذا بعيدٌ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[5]: «ولا يهبُ لثوابٍ».

وقد ذكرنا ذلكَ ووجهه أن الهبةَ في الأصلِ عقد تبرعٍ، ومذاهب العلماءِ مختلفة في الثواب ومقداره إذا لم يكن مسمى **أحدهما** ما يليق بهِ، وهو الأظهر، ولا فائدة فيه ويتأخّر ذلكَ عن الهبةِ كما ذكرنا.

والوجه الثاني: أنه يكفي ما يقع عليهِ الاسم وهذا إضرار به، وفي أصلِ الهبة بشرط

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٩٣).
(٣) انظر الأم (٧/ ٣٩٣).
(٤) انظر الأم (٧/ ٣٩٢).
(٥) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).

الثواب قول آخرُ [١١٥/أ] إنه باطلٌ ولهذا لا يجوز لولي اليتيم أن يهب بشرط الثواب، وقالَ بعضُ أصحابنا: نص الشافعيُّ رضي الله عنه أنه تجوز تبرعاته بإذن السيدِ ونصَّ أنه لا تجوز هبته بشرط الثواب أصلاً، وهذا لأنه إن كانَ الثواب مجهولاً ربما يرى بعضُ القضاة أنه يكفي في الثواب ما يقع عليهِ الاسم، وبه قال أبو حنيفة، وإن كانَ الثوابُ مَعلوماً، فهو يسلم قبل قبض الثواب، وهذا غير صحيح بل كلاهما على قولين إذا وجد إذن السيِّدِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «وإقرارُهُ في البيعِ جائزٌ».

إنما جاز إقراره لأنه من أهلِ ابتدائه فكانَ من أهلِ الإقرارِ به كالحرُّ. قال أصحابنا: وإنما يجوز ذلكَ ما دامَ مكاتباً، فإذا خرج من الكتابةِ لا يقبل إقراره كما لا يقبل قول الحاكم إذا عزل فيما حكم به، وليس هذا كإقراره الجناية لا يقبل لحق السيد إذا تعلّق بالمالِ لأن السيد لم يسلط عليه بعقد الكتابة، وإن أقرّ السيدُ عليهِ بالجنايةِ لا يقبل أيضاً لأنه لا سبيلَ له على مالهِ غير أنه إن أعجزه يوماً أخذ بإقراره ليقضي دين الجنايةِ من مالهِ، أو من رقبته.

فَرْعٌ

لو أقرّ المكاتب بالشراء بعدَ العجز فإن كانَ برىء من الثمنِ بدفع أو إبراءٍ يقبل بخلاف ما لو أقرّ بالبيع لا يقبل لأن فيه إزالة الملك، وفي الشراء إثبات الملك، وإن كان الثمن باقياً، فإن كان بقدر قيمةِ السلعةِ نفذ وإن كانَ أكثر فإن كانَ لمغابنة فيه عند الشراء نفذ والشراء مردودٌ، وإن كان بسبب حادث من نقص سعرٍ أو حدوث عيبٍ ينفذ الإقرار ويلزم الشراء لأن زيادة الثمن إذا عجز عنها تعلقت بذمته.

وكذلك إقراره بالدين مقبولٌ لأنه بالكتابةِ سلطه على ما أفضى إليه، فإن عجزَ ما [١١٥/ب] بيده عن آدائهِ كانَ في ذمتهِ يؤديهِ بعد عتقهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «ولو كانَت لَهُ عَلَى مَوْلَاهُ دَنَانِيرَ ولمولاهُ عليهِ دنانيرَ فَجَعَلَا ذلكَ قِصاصاً جازَ».

اعلم أنه إذا حل للسيد على مكاتبهِ نجمٌ من مال الكتابةِ وكان له على سيده من جهةِ المعاملةِ دينٌ لم يخل من أن يكون أحد الدينين من جنس الآخر، أو من غير جنسهِ، فإن كانَ من جنسه ففيهِ أقوالٌ. والمنصوصُ في التصرّف أنهما لا يتقاصّان، وإن تراضيا بهِ، وإن كانا من جنسين مختلفين لا يسقط **أحدهما** بالآخر قولاً واحداً لأن الجنسين لا يتقاصّان، وَلهذا لا يجوز أن يحيل بغير جنس ما عليهِ من الدين.

ولأنه كما يكون ديناً بدين فلم يجز.

فإذا ثبت هذا فلا يخلو من ثلاثةِ أحوالٍ، إمّا أن يكونا جميعاً نقدين كالدراهم

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٠). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).

والدنانير، أو يكونا عرضين، أو **أحدهما** نقداً، والآخر عرضاً، فإن كانا نقدين لا يحتاج إلى قبض الحقين معاً، بل يقبض **أحدهما** من صَاحبِهِ ثم يردُّه عما له في ذمتهِ لأن دفع العرض عن الدراهم والدنانير التي في ذمته يجوز.

وإن كانا عرضين لا يجوز حتى يقبض كل واحدٍ منهما ماله على صاحبه، فإن أخذ **أحدهما** من صاحبِهِ ما عليهِ لم يجز أن يرده عليهِ بالجنس الذي له عليهِ لأنه بيعُ العرض قبل القبض إلا أن يكون ذلكَ من جهةِ العرض، فيجوز، وهذا ليس بقرضٍ لأنه لا يجوز ذلكَ من المكاتب فيشبه ذلكَ المسلم فيه.

وإن كان **أحدهما** نقداً، والآخر عرضاً فإن أحضر الذي عليه العرض وسلمه إلى صَاحبِهِ، فقبضه جاز لهُ أن يرده عليهِ بماله في ذمته من النقدِ، وإن أحضر الذي عليهِ النَقْدُ [١١٦/أ] وسلمه إلى صَاحبِهِ لم يجز له أن يرد عليه بالعرضِ الذي له في ذمتهِ إلا أن يكونَ العرضُ عليهِ من جهة القرضِ على ما ذكرنا.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»(١): ولو كانت لمكاتبه على رجلٍ مائة دينار فحلت عليهِ لسيده مائة دينار فإن أرادَ أن يبيعه المائة التي عليهِ بالمائةِ التي على الرجل لم يجز، ولكن إن أحاله على الرجل فحضر الرجل ورضي السيد أن يحال عليهِ بالمائةِ جاز، وليسَ هذا بيعاً وإنما هذه حوالةٌ، فاجاز الشافعي الحوالة بما في ذمةِ الغير ومنع من بيعهِ.

وعلى هذا إذا كانَ له في ذمةِ رجلٍ طعامٌ، أو ثيابٌ من جهةِ القرض فباعَهُ من غير من هو عليه لم يجز، وكذلك إذا اشترى من إنسانٍ سلعةً بدين له في ذمةِ غير البائع لم يجز، وقالَ في «الإفصاح» في آخر كتاب الحوالةِ: ذهبَ بعض أصحابنا إلى جواز ذلكَ وهذا خلاف النصّ، ولأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمةِ غيره.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: ولو خلت على مكاتب نجومُهُ فسأل السيدَ أن يعتقه ويؤخره بما عليهِ فأعتقهُ كان العتق جائزاً، واتبعَهُ بما عليهِ ديناً وكذلك لو كانت النجومُ إلى آجالٍ فسألَهُ أن يعتقهُ وتكون النجوم ثابتةً، فأعتقهُ جاز ويكون دينه عليهِ في الكتابةِ بحاله.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «وإنْ أعتقَ عبدَهُ، أو كاتبَهُ بإذنهِ».

الفَصْلُ

جُملتهُ أنه إذا كاتب عبداً ثم اشترى المكاتب عَبداً وأعتقهُ بغير إذن السيّدِ لا يجوز بلا خلافٍ، لأنه إتلافٌ للمالِ، وهكذا إن كاتبَهُ بغير إذنهِ لا يجوز لأنه يجري مجرى الإعتاق بدليل [١١٦/ب] أنها في حق المريض من الثلثِ كالإعتاق. وقالَ أبو حنيفة: تجوز كتابته، وَهذا لا يصح لما ذكرنا، وأمّا إذا أعتقَ، أو كاتب بإذن سيده، هل يصح

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩٢).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).

فيهِ قولان: أحدهما: لا يصح لأن العتق إنما يصحُّ من مالكٍ تام الملكِ، وليس لهُ ذلكَ لأنّهُ يقتضي الولاء وهو مملوكٌ لا يثبت الولاء له لأنه يجوز أن يعتق فيثبت عليه الولاءُ ومن كانَ ممن يثبت عليه الولاءُ لا يجوز أن تثبت له الولاء، والثاني: يجوز لأن إيقاع الحرية تمليك العبد نفسه فملكه بإذن السيد كالهبةِ، وهذان القولان من فروع التبرعات. وقال القفالُ: إن قلنا: تبرعاته لا تجوز إلا بإذن سيده فهو أولى أن لا يجوز، وإن قلنا: ذلك يجوز فههنا قولان. وحكى المزني عن «الإملاءِ» على مسائل مالكٍ أنه قالَ: إذا كاتب المكاتب عبده لا يجوز، وإذا أدى المال لم يعتق كما لو أعتقَهُ لم يعتق، ثم اختار هذا القول، وهذا التشبيهُ مشكلٌ لأنه يوهمُ فرقاً بين الكتابةِ والعتق، وليس كذلكَ لأن القولين في إعتاقه كالقولين في كتابتِهِ فيحتمل أن يكونَ مرادهُ بقوله: كما لو أعتقَهُ لم يعتق إذا كان بغيرِ إذن سيده ولا يبعد أن يقيس الكتابة في حالِ إذن السيد على الكتابةِ في حالة عدم الإذن أو على الإذن في حالة عدم الأخذ يعني: نقصان ملكه في الحالين، وقيلَ: قَصد الشافعي أن يبين أن الكتابة تبرع كالإعتاق، فلا يصح من المكاتب دُونَ إذن سيده كيلا يظن ظانٌّ أن الكتابةَ كالبيع فتصح دون إذن السيد، وقيل: هذا لأن للشافعي قولين في كتابةِ المكاتب عبده، وفي إعتاقهِ بإذن السيّدِ قولان ولكن نَصَّهُ في «الإملاء» يدل [١١٧/أ] على وجوب الترتيب وكيفية الترتيب ما ذكر القفالُ، والفَرقُ أنَّ بالكتابة يستفيد عوضاً وفي زيادةِ مالهِ منفعة سيده ولا يستفيدُ بالإعتاق عوضاً، فافترقا، وقال أبو إسحاق: القياسُ ما اختار المزني لولا ما فيه من الشفعةِ، فإذا قلنا: لا يصح، فالعتق لا ينفذُ والكتابة باطلة والعبدُ باقٍ على ملكهِ فإن أدى المال إليهِ لم يعتق لأنّهُ إنما العتق في الكتابة الفاسدة بأداءِ المالِ إذا كانَ السيّدُ ممن يملك العتق المباشر وههنا لا يملكُ ذلك، وإذا قلنا: يصح العتق والكتابة تصح أيضاً، فأدى المال وعتق وهو بعد لم يعتق، فلمن يكون الولاءُ قولان: أحدهما: أنه موقوفٌ، فإن عجز المكاتبُ كان للسيدِ، وإن أدى وعتق كان له لأن حكم المكاتب في نفسهِ وماله موقوفٌ ولأن المكاتب باشر العتق فيستحيل أن يكون الولاءُ للسيد الذي لم يباشره فيوقَفُ عليه، ثم صَوّرَ الشافعيُّ رضي الله عنه فائدةَ الوقف فقالَ[١]: «فإن مات عبد المكاتب المعتق بعدما يُعتَقُ وقفَ من ميراثه في قولِ من يقف الميراث كما وصفتُ، فإن عتق المكاتب الأولُ فهو له، وإن مات أو عجز فلسيدِ المكاتب إذا كان حيّاً يومَ يموت، وإن كان ميتاً فلورثته من الرجال ميراثه»، وإنما قالَ من الرجال لأن النساءَ لا يرثن بالولاءِ إلا في مباشرة العتاقِ. وقالَ أبو حامدٍ على هذا القول: في هذه المسألةِ قولان: أحدهما، ما ذكرنا، **والثاني**: ميراثه لسيده لأن الولاءَ يجوز أن يتوقف فيثبت لشخصٍ ثم ينجرّ الولاءُ إلى غيره والميراث لا يجوز لأن يتوقف قط، [١١٧/ب] ولأن السيّدَ وارثٌ في الحالِ، فلم ينتظر في المكاتب أن يصير وارثاً كالحرِّ إذا مات وخلفَ

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩٢).

أباً مملوكاً وجداً حرّاً كان ميراثهُ لجده ولا يوقفُ على عتق أبيهِ، وقالَ أصحابنا: هذا القول بعيد لأنه يؤدي إلى توريث السيّدِ من هذا المعتق بلا نَسبٍ ولا ولاءٍ، وهذا لا يجوز، وذكر القفالُ وجهاً آخرَ أنه يصرف ماله إلى بيت المالِ، وهذا الوجه الأول أبعدُ، والقول الثاني: الولاءُ لسيد المكاتب وبه قال أبو حنيفة، لأن العتق إذا كانَ معيناً لم يجز أن يكونَ الولاء موقوفاً كما لا يجوز أن يكونَ النسبُ موقوفاً مع تعيّن الواطىء، وإذا لم يثبت في الحالِ بطل النسبُ وكذلكَ الولاءُ والمكاتب في الحالِ من أهلِ الولاءِ والسيد من أهلهِ فثبت له. قال القفالُ: وعلى هذا يجب أن يجري عن كفارة السيّدِ إذا نوى وأعتقه المكاتب بإذنه، ومن قال بالأولِ أجابَ عن هذا بأن النسبَ قد يقفُ على بيان القافةِ أو على الانتساب إذا لم يكن قافةٌ، فكذلكَ الولاءُ يجوز أن يوقفَ ولأن الفرق بين النسبِ والولاءُ ظاهرٌ لأن الولاءَ ينتقل بالجر من مولى الأم إلى مولى الأب بخلافِ النسبِ، ولو أدى المكاتب الثاني المال بعدما عتق المكاتب الأول، فالولاءُ للمكاتب الأول إذا جوّزنا تلك الكتابة لأنه يوم العتق من أهل الولاءِ.

فَرْعٌ

إذا قلنا: الولاءُ للسيّدِ فلا فرق بين أن يعجز المكاتبُ بعد ذلك لو أدى المال وعتق فقد استقر الولاءُ على السيّد فلا ينتقلُ هكذا قال أصحابُنا. وقالَ في «الحاوي»[1]: حكى ابن أبي هريرة أنه إذا عتق المكاتبُ [١١٨/أ] بعده بالأداءِ هل يجر ولاء معتقه، وينتقل عن سيده إليه؟. اختلف أصحابنا فيه على وجهين: أحدهما: ما ذكرنا كما لا يجوز أن ينتقل النسبُ، والثاني: يجره لأنه باشر العتق، وإذا جاز أن ينتقل ههنا، وقد باشر العتق وهناكَ لم يباشره.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أعتق المكاتب عبده عن سيده أو عن غير سيده بإذن سيده ففيه قولان. قال أبو حامدٍ: الصحيح ههنا أنه يعتق والصحيح في عتق المكاتب عن نفسهِ بإذن سيده أنه لا يعتق لأنه ليسَ من أهلِ الولاءِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: «وبيعُ نجومهِ مفسوخٌ».

الفَصْلُ

جملة هذا: أنه إذا كاتب عبداً على مالٍ ثم إن السيد باع ذلك المال الذي له في ذمةِ المكاتب نص الشافعي ههنا، وفي «الأم» وعامةِ كتبه: أنه لا يجوز، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد، وقال مالكٌ: يصح ذلك لأن السيّد يملكها في ذمةِ المكاتب فصار كسائر أموالهِ وهذا غلطٌ لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع ما لم يقبض» وهذا عوضٌ غير مقبوضٍ، فهو بمنزلة المسلم فيهِ، ولأنه ليس بلازمٍ ومتى شاءَ المكاتب

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٤٣).

أسقط ذلكَ عن نفسهِ، وقال أبو إسحاق: أومأ الشافعيُّ في «القديم» إلى جوازه أيضاً ولكنه فاسدٌ لا وجه له، وقيل: قال في «القديم» في بيع المكاتب، هل يجوز قولان، فإذا قلنا: يجوز، يجوز بيع رقبته أيضاً، وَهذا البناءُ لا يصحُّ لأن الغَرر في المالِ الذي في الذمة أكثر منه في الرقبةِ فلا يصحُّ بناءُ إحدى المسألتينِ على الأخرى [١١٨/ب].

وقيل: قال في بيع الديون وهبتها قولان أخرجهما ابن سريج، فههنا كذلكَ وهذا خطأ أيضاً لأن ذلكَ في الدين المستقر اللازم. والصحيح أن المسألةَ على قولٍ واحدٍ أن البيعَ باطلٌ.

فَرْعٌ

إذا قلنا: إن البيع باطلٌ فالمشتري لا يملك مطالبة المكاتب بشيء ولا يجوز للمكاتب أن يدفع إليهِ أيضاً، فإن جمع مالاً ودفعه إلى المشتري، فهل يعتق؟، قال الشافعي ههنا، فإن أدى المال إلى المشتري بأمر سيده عتق كما يؤدي إلى وكيله فيعتق، وقالَ في «الأم»: لا يعتق لأن أصل البيع باطل، وليس هذا كرجل وكله سيد المكاتب لأنه يأخذه لنفسهِ دون السيد بدليل أنهُ يضمن واختلف أصحابنا في هذا، فقال ابن سريج: ينبغي أن يخرج على قولين: أحدهما: لا يعتق وإن أدى إلى المشتري بإذن السيدِ لأنه أذن له أن يقبضه لنفسه لا للسيدِ، والذي على المكاتب أن يدفع إلى السيد أو إلى من يقبضهُ له بإذنهِ، وهذا لا يصح، والثاني: يعتق صرح البائع بالإذنِ، أو لم يصرّح لأنه قبضَهُ بإذنه وتسليطه كالوكيل، فإذا قلنا: يعتق فقد برئت ذمته من مال الكتابةِ، لأنه ما عتق إلا بعد براءةِ ذمتهِ من المالَ وتبقى المنازعة بين السيد وبين المشتري في المالِ الذي قبضه من المكاتب وفي الثمن الذي دفعه المكاتبَ إليهِ فإن كانَ المال الذي قبضَهُ المشتري، والثمن الذي دفعه المشتري باقيين يرجع المشتري بما دفع واسترجع منه ما أخذ وإن كانا تالفين حصل التقاص بينهما فيما تساويا فيه [١١٩/أ] ورَجع **أحدهما** على صَاحبهِ بالفَضل الذي بقي له، وإذا قلنا: لا يعتق فإن ذمته لا تبرأ من مال الكتابةِ فيستحق السيد مطالبته بمال الكتابةِ، ويستحق هو مطالبة المشتري بما دفعه إليهِ ويستحق المشتري مطالبة السيد بالثمن الذي دفعه إليهِ. وقال أبو إسحاق: المسألة على اختلاف حالين، فالذي قالَ يعتق: أرادَ إذا باع المال منه وأمرَ المكاتب بدفعهِ إليهِ، فيكون قد قبضه بأمرة ويعتق، والذي قال لا يعتق: أراد به إذا باعه مطلقاً، ولم يأمر المكاتب بالدفع إليه، فلا يعتق لأنه لم يوجد من السيد صريح الإذن بالدفع، وإنما البيع تضمن ذلكَ، فإذا بطل البيع بطل ما تضمنه. قال: وهذا هو الظاهرُ لأن الشافعي في «الأم»[١] لم يشترط إذن السيد في دفعهِ إلى المشتري وشرط فيما نقل المزني الإذن لأنه قال: فإن أدى إلى المشتري بأمر سيده. قالَ أبو إسحاق قلت لابن

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩١).

سريج هذا، فقال: ما تبين لي أن يكونَ بينهما فَرقٌ لأنه لا فرق بين أن يأذن في الدفع أو يلزمه بعقد سيدِهِ الدفع، ومن لفظ بالعقد فقد أذن في دفعِهِ، فقلتُ: هذا يمكن أن يقال لأنه إذا لم ينصّ على الدفع فالدفع لا يلزمه وإنما دفعَهُ متأولاً، وقد كانَ يمكنه أن يحترز منه بأن لا يسلمه إليهِ إلا بإذن ينص له السيد عليه، أو يحكم به عليه حاكم، فلا يعتق ويدل على هذا أنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه ولم يجعل بمنزلة العتق بإذن السيد وإن كانَ العقد يتضمن تصرفه بالعتق وغيره، واختار القاضي الطبري طريقة أبي إسحاق.

مَسْأَلَةٌ: قال[1]: «وليسَ للمكاتبِ أنْ يشتريَ مَن يعتقُ عَلَيْهِ».

الفَصْلُ

جملة هذا: أن المكاتب إذا اشترى [١١٩/ب] من يعتق عليه بحكم القرابة كالآباءِ والأمهات وغيرهم، فإن كان بغير إذنِ سيده لا يصح الشراء قولاً واحداً. وقال أبو حنيفة وأحمد: يصحّ الشراء، وقال أبو حنيفة: القياس أن له أن يتصرّف بعد الشراء ولكني أمنعه من ذلك استحساناً، وهذا لا يصح لأنه استهلاكٌ وإتلاف إذ يخرج من يده ويجوز له التصرف فيه وأداءُ نجومهِ منه ويأخذ عوض ذلكَ مالاً يمكنه التصرف فيه، وذلكَ ضربٌ من إتلاف المالِ، وإن كان بإذن سيده. قال عامةُ أصحابنا: فيه قولان كالتبرعات بإذن سيده، وقال أبو إسحاق: يصح ذلك قولاً واحداً، والفَرقُ بينه وبين التبرعات في أحدِ القولين، إن التبرعات لا تحصل له عوض بوجه فهي إتلافٌ محضٌ فلا يصح العوضُ، وهو أن هذا العبد يصير ملكه ويكتسب فيستعين بكسبهِ وربما يخفي عليه، فيأخذ هو أرش الجنايةِ ويؤدي ذلكَ ويعتق هو معه فتحصل له المنفعة بذلكَ، فجاز والطريقة الأولى أصح لأن هذا العوض غير مقصود ولا متحقق، ولو كانَ كما قال أبو إسحاق لجاز أن يشتريه بغير إذن السيد وليس هذا بأكثر من الهبةِ بشرط الثواب وقد نص الشافعي أنه لا يجوز ذلك على القول الذي يقول لا يجوز هبته بإذن السيدِ. وحكي أن أبا إسحاق، قال: وينبغي أن يكون على قول له شراؤه بالإذن لأنهما لو اجتمعا على إتلاف المال جاز فجعلَهُ أبو إسحاق بمنزلة الإتلاف فيكون مع الإذن كالهبةِ فلا فرق على هذا بين ما قال أبو إسحاق وبين ما قال غيره.

فَرْعٌ

إذا قلنا: يصح الشراء لم يكن له بيعه وكانَ موقوفاً على كتابته، فيقف عليه بحكم الملك دون النسب، ولأنهُ [١٢٠/أ] لا يجوز أن يملك ثمن والد، وحكي عن ابن أبي هريرة أنه قال: يجوز بيعه لأنه يملكه وللسيد فيه حق، وهذا يلزم إذا استولد أمته، فإن ابنه ملكه ولا يجوز له بيعه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).

فَرْعٌ آخرُ

قال الشافعي[١] رضي الله عنه: «ولَهُ أَن يقْبَلْهُم إِن أَوْصَى لَهُم بِهِ ويكسبُون عَلَى أَنْفُسِهِم».

وجملته: أنه إذا أوصى له بهم فأراد أن يقبل الوصية ينظر فإن كان ممن يجب عليهِ نفقتَهُ بأن يكون زمناً، أو شيخاً ضعيفاً كبيراً، أو طفلاً صغيراً لم يجز له قبول ذلكَ لأنه يستضر بوجوب النفقة عليه ولا ينتفع بشيء ولا فرق بين أن يزن ما في يده من ثمنه، وبين أن ينفقَ عليهِ منه، وإن كان جلداً مكتسباً يقوم كسبُه بنفقته فله أن يقبل ذلكَ بل هو مندوبٌ إلى ذلكَ لأنه لا يستضر به بل فيه تكسبٌ، لأنه ينتفعُ بفضل كسبهِ، وقد قالَ الشافعي[٢]: «يَأْخُذ فَضْل كَسْبهِم ومَا أَفَادُوا» يعني: كل مالٍ استفادوه فكالكسبِ، وإنما يأخذ ذلكَ لأنه بملكهُ وليس بحرٍّ، فإن قيل: يجوز أن يزمن أو يمرض، ولا يكون له كسب، فيكون ضرراً على المكاتب، قلنا: الاعتبار بالحالِ دون ما يجوز أن يحدث في الثاني من الزمانة والعجز، وقال الصيمريُّ: إذا أوصى له بابنه الزمن ولا كسب له، له أن يقبل في أصح الوجهين لأنه يجوز أن يحدث له اكتسابُ بغير عملٍ، وربما يصح فيعمل، وهذا ضعيفٌ لأنه خلاف الظاهر في الحالِ، وهذا غريب.

فَرْعٌ آخرُ

لو قبله وكان له كسبٌ فزمن أو مرض لزمهُ أن ينفق عليهِ مما في يده لأنه عبده وملكه، فإن قيل: أليس لا يلزمهُ أن ينفق على أقاربهِ؟، قلنا: الفَرقُ أن نفقة الأقارب مواساةٌ بخلافِ هذا [١٢٠/ب].

فَرْعٌ آخرُ

لو جنى واحدٌ منهم في يده، قالَ الشافعي[٣]: «وإِن جَنَوْا لَم يَكُن لَهُ أَن يفديهم وبيع منهم بِقَدر جنَايَاتِهم» وهذا لأن المفاداة بمنزلة الشراء لأنه إخراج مال في مقابلتهم فكما لا يجوز ذلك لا يجوز هذا، فإن كان بإذن سيده يكون قولان أيضاً كما في الشراء وهكذا الحكم إذا وهبَ لهُ واحد من هؤلاءِ، فقبل ذلك.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٤]: «ولَا يَجُوزُ بيعُ رَقَبَةِ المُكَاتبِ».

اختلفَ قول الشافعي رضي الله عنه في بيع رقبة المكاتب، فقال في القديم: يجوز ولا أعرفُ لمن منع منه وجهاً، وبه قال عطاءٌ والنخعي وأحمد، وقال في «الجديد»: لا يجوز بيعه، وهو الصحيحُ، وبه قال مالكٌ والثوريُّ وأبو حنيفة وأصحابه. وقال الزهري وربيعةُ: إن باع رقبته بإذنه صح البيع وإن باع من غير إذنه لم يصح، وروى الطحاوي هذا عن ابن أبي عمران عن أبي يوسف، واحتج عطاءٌ بخبر بريرةَ، ولأنه بمنزلة العبد

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩٢).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٩٢).

(٣) انظر الأم (٧/ ٣٩١).

(٤) انظر الأم (٥/ ٢٨٠).

القِن في عامّةِ أحكامهِ، فكذلك في جواز البيع وهذا خطأٌ لأن الكتابة عقد يمنع رجوع أرش الجناية عليهِ إليهِ فيمنع البيع، وإذا قلنا: يصح يكون مكاتباً كما كان فإن أدى المال إلى المشتري عتق والولاء للمشتري بخلافِ وارث المكاتب إذا قبض النجوم، وصار حراً يكون الولاء للمورث، لأن الوارث يقوم مقامهُ وينبني ملكه على ملكه بخلافِ المشتري، وإن عجز كان رقيقاً للمشتري، وقال أبو ثور: يجوز بيعه وولاؤُهُ إذا عتق للبائع، وهذا غلطٌ لما ذكرناه ومن أصحابنا من أنكر هذا القول، وذكر أن المسألة على قولٍ واحدٍ إنه لا يجوز وذلكَ القولُ مرجوع عنه، وذلك لأنه قد باعَهُ [١٢١/أ] بالعقد الذي عقد عليهِ ومنعَ من المكاتب ومن كسبهِ، وقد ملكَ المكاتب ذلكَ إلى أن يعجز فيعود في الرق، فإذا باع رقبته باع ما لا يملكه، فلا يجوز ذلكَ ولو كان هو مالكاً لرقبته لكانت منافعه له ولكان له وطئها إذا كانت أمةً. قال الشافعيُّ: «فإن قِيل: بِيعت بريرة» وقصتها قد ذكرنا، ثم أجاب الشافعي، فقال: «لعلها عجزت وهي المساومة بنفسها عائشة رضي الله عنها والمخبرة بالعجز والراضية بالبيع» وشرح أبو إسحاق هذا، فقال: عائشة رضي الله عنها إنما اشترت بريرة بعد العجز لأن عقد الكتابة يلزم السيد ولا يلزم المكاتب وله أن يفسخه، أي وقت شاءَ، فلما كانت بريرة هي التي سفرت بينها وبين مواليها، وهي المساومةُ والمطالبة من عائشة أن تشتريها فقد علم أن ذلكَ رضى منها بفسخ الكتابة، وأنها عجزت نفسها ورغبت في عتق معجل يعينها على التصرف والتكسب للحرية فكانَ هذا أحظى لها وأعود عليها، ومن أصحابنا من قالَ: إنها عجزت عن أداءِ نجمها وشكت إلى عائشة ذلكَ، فباعها مواليها، فكانَ لهم تعجيزها وفسخ كتابتها فكان بيعهم فسخاً للكتابة، كما إذا باع البائع المبيع في مدة الخيار كان فسخاً للبيع الأول.

فإذا تقرر هذا فعلى هذا لو باعه قبل العجز، فأعتقه المشتري، قال في «الأم»(١): كان عتقه باطلاً، ولو دفع النجومَ إلى المشتري هل يعتق، فيه قولان على ما ذكرنا في بيع النجوم، ولو باعه قبل أن يرضى بالعجز ثم رضي، قال في «الأم»(٢): كان البيع مفسوخاً حتى يحدث له بيعاً بعد رضاه بالعجز ولو باعه وماله من رجلٍ نزع مال الكتابة من يد المشتري وكانَ على كتابته، فإن مات المشتري [١٢١/ب] رجعَ به المكاتب على سَيده في ماله إن لم يكن حلت عليه الكتابةُ، فإن كانت حلت عليه أو بعضها كان قصاصاً وإن لم يمت ضمن المكاتب أيهما شاءَ إن شاءَ الذي استهلكَ ماله، وإن شاءَ سيده. وقال في «الأم»(٣): ولو باعهُ ولا مال للمكاتب، أو له مالٌ قليلٌ، فأقام في يد المشتري سنين وحل عليهِ نجمان من نجومهِ ورد البيع فسأل المكاتب أن ينظر سنين يسعى في نجميه اللذين حلاّ عليهِ، ففيها قولان: أحدهما: لا يكون له ذلك كما لو

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩١).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٩١).
(٣) انظر الأم (٧/ ٣٩٤).

حبسه سلطان، أو ظالم، أو مرض أو سُبي وكان له أن يحسبَ على سيده قيمة إجارة السنين من نجومهِ، فإن أدى عنه كتابته وإلا رجع عليهِ السيد بما بقي، فإن أداهُ، وإلا فهو عاجزٌ، وإن كانت في إجارته السنين فضل عن كتابته عتق ورجع بالفضل وأخذه وهكذا لو كاتبه السيدُ ثم عدا عليهِ، فحبسه سنةً، أو أكثر **والثاني**: ينظره بقدر حبس السيدِ له إن حبسه بنفسهِ أو حبسهُ بالبيع، قال أصحابنا: ووجه هذا أنه دخل معه في العقد على أن يمكنه من التصرف في المدة التي شرطها، فإذا حبسه في بعضها لم يفِ له بالشرط فلزمه بحبسه مثل ما حبسَهُ، والأول أصح.

ثم قال المزني: فإن قيلَ: فما معنى قول النبي ﷺ لعائشة: «اشترطي لهم الولاء»، وهذا السؤال لكشف إشكالٍ في الخبر لا لتوجيه القول الجديد والرفع عنه، قالَ المزني: قلتُ للشافعي جوابان عن هذا السؤال **أحدهما** يبطل بالشرط، ويجوز العقد وجعله خاصاً. قال أبو إسحاق: تفسير هذا أن النبي ﷺ أذن لعائشة رضي الله عنها في ذلكَ لأنه تقدم إليهم بأن الولاءَ للمعتق، فلم ينتهُوا [١٢٢/أ] عن شرطِ الولاءِ لأنفسهم فأمرَ عائشة بالشراء، وشرط الولاءِ للبائع ثم أبطل الشرط، وقالَ: ما بالُ أقوام، وقالَ الشافعيُّ: رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب اللَّهِ فكان شراء عائشة صحيحاً، والشرط فاسداً، وكان إذن النبي ﷺ في ذلكَ للبائع في الإنكار عليهم وردعهم عما كانوا عليهِ، وهذا كما أنهم كانوا يرون العمرةَ في أشهر الحج من الكبائر، فلما أذن لهم فيها بقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، توقفوا فأذن النبي ﷺ في الإحرام بالحج، ثم فسخ عليهم إحرامهم بالحج وأمرهم أن يجعلوه عمرةً ليكونَ تغليظاً عليهم في إثبات أوامره، وقيل: هذا هو القول المنصوص في البيع بشرط العتق، أو بشرط الولاء للبائع أن البيع جائزٌ لا على القياس ولكن بالسنةِ، وهذا معنى قول المزني يجعله خاصاً. وقيل: لما نهى عن بيع الولاءِ وهبتهِ ظنوا أن نهيَهُ توجّه إلى إفرادهِ بالبيع وأنه إذا كانَ مشروطاً في بيع جائز صحّ فأحّب أن يفسخه عليه بعد شرطه ليكون الفسخ، أوكد والنهي أغلط كما قلنا في باب جواز العمرة في أشهر الحج.

وقيل: إنهم كانوا في الجاهليةِ يتبايعون الولاءَ ويرونه مالاً فغلط الأمر فيه مع نهينه عن بيعه بأن أبطله عليهم بعد بيعه ولذلكَ غضب وصعد المنبر فخطب، وقال: «ما بالُ أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب اللَّهِ» الخبرَ إلى آخره.

وقيل: أذن فيه في وقت جوازه ثم نسخ فأظهرَ نسخه بفسخهِ كما أمرَ رسولُ اللَّهِ ﷺ سهلةَ بنت سُهيلِ أن ترضع سالماً وكان كبيراً ثم نسخ رضاع الكبير، وقال: الرضاعةُ من المجاعةِ.

ثم قالَ المزنيُّ: [١٢٢/ب] وقال في موضعٍ آخرَ، وهذا من أشدِّ ما يغلط فيهِ وإنما جاءَ بهِ هشام بن عُروة وحده وغيره خالفه وضعفَه، وهذا أولى به لأنه لا يجوز في صفة النبي ﷺ في مكانته من الله تعالى ينكر على أناسٍ شرطاً باطلاً، ويأمرُ أهلهُ بإجابتهم إلى شرطٍ باطلٍ وهو على أهلهِ في اللَّهِ أشد وعليهم أغلط يريد بهذا أن النبي ﷺ ما أذن

لعائشة في اشتراط الولاء للبائع وانفرد بتلك الرواية هشام، وليست بصحيحة لما ذكره من الدليل.

وقيل: هذه زيادة تفرّد بها هشام، وقد روى نافع عن ابن عمرَ عن عائشة رضي الله عنها هذا الخبر فلم يروها، وكذلك الزهريُّ لم يروها وهو أحفظ من هشام، وكذلكَ عَمرةَ والقاسم بن محمدٍ والأسود بن يزيد وأبو هريرة كلهم روَوا عن عائشة، ولم يذكروا أنه أمرها باشتراط الولاءِ لهم ولعل هشاماً أو عروة حين سمعَ أن النبي ﷺ قالَ لها: «ما يمنعك ذلكِ» رأى أنه أمرها أن تشترط لهم الولاءَ، فلم يقف من حفظه على ما وقف عليه ابن عمرَ وجماعةٌ.

فإن قيل: الزيادة أولى في الإخبار قيل: تركُ الزيادة في هذا الموضع أولى من الأخذ بها لثلاثة أمور، أحدُها: إنكار الرواة لها على ما ذكرنا، والثاني: منع الشرع منها، والثالث: صفة النبي ﷺ على ما ذكرنا فلا يجوز أن يأذن في المحظور والغرور، وقال بعض أصحابنا: هكذا قال الشافعي، ولكن الخبر في «الصحيحين» من طرقٍ شتى سوى طريق هشام، وهذا الشرط مذكور فيهِ، والأصحُّ الجوابُ الأولُ، [١٢٣/أ] وهو تجويز البيعَ بالسنّةِ، ثم اشتغل المزنيُّ بالتأويل، فقالَ: ويحتمل لو صح الحديثُ أن يكونَ أراد: اشترطي عليهم أن لكِ إذا اشترطت، وأعتقت الولاء أي لا تغريهم واللغة تحتمل ذلكَ قال الله تعالى: ﴿وَلَهُمُ ٱللَّعۡنَةُ﴾ [غافر: ٥٢] أي عليهم اللعنة، وقال تعالى: ﴿إِنۡ أَحۡسَنتُمۡ أَحۡسَنتُمۡ لِأَنفُسِكُمۡۖ وَإِنۡ أَسَأۡتُمۡ فَلَهَاۚ﴾ [الإسراء: ٧]، يعني فعليها. وقال تعالى: ﴿وَلَا تَجۡهَرُواْ لَهُۥ بِٱلۡقَوۡلِ كَجَهۡرِ بَعۡضِكُمۡ لِبَعۡضٍ﴾ [الحجرات: ٢]، أي عليهِ، فقامت لهم مقام عليهم فتفهم رحمك الله.

وأنكر أبو إسحاق هذا التأويل على المزني على عادته في الردّ على المزني إذا وجد السبيل إليه، وقال الماسرجسي: سَمعتُ أبا إسحاق ينكر ذلك، ويقولُ: هذا يجوز عند الضرورة، ولو جوّزنا إبدال حرفٍ بحرفٍ لغير الحاجة والضرورة بَطل التفاهم بالخطاب، وذهبت فائدة الكلام، وقالَ: لا يجوز أن يقصد منع عائشة من شرطها الولاءَ للبائع بلفظ لا يبني عنه إلا بقرينةِ الحالِ ودلالة وفي موضع لا يشكل ولا يلتبس ولأن خروجه مغضباً، وقوله في خطبته: «ما بالُ أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب اللَّهِ. »يدل على أن الشرط كان لهم فأبطله عليهم، فلا يصحُّ ما ذكرَهُ المزنيُّ. وقال ابن أبي هريرة: قوله اشترطي لهم الولاء خارج مخرج الوعيد والتهديد، كقوله تعالى: ﴿فَمَن شَآءَ فَلۡيُؤۡمِن وَمَن شَآءَ فَلۡيَكۡفُرۡۚ﴾ [الكهف: ٢٩]، وهذا بعيد، وقالَ صَاحبُ «الإفصاح»: أرادَ اشترطي لهم العتق، فعبر عن العتق بالولاءِ لحدوثه عنه، واستحقاقهِ بهِ، وهذا أيضاً عدولٌ عن الحقيقة إلى المجاز، وقال أبو حامدٍ: اشتراط الولاء تقدّم العقد لأنه كانَ وقت المساومةِ، وإنما يلزم الشّرطُ [١٢٣/ب] إذا اقترنَ بالعقدِ فلذلكَ بطل، فأعلن النبي ﷺ إبطال حكمه، وهذا ضعيف لأن رسُولَ اللَّهِ ﷺ أبطل الشرط لفسادهِ، ولم يبطله لأنه كان في غير محلهِ، ولو أراد ذلك لأزال اللبس ولأبان الحكم المقصود.

فَرْعٌ

لو كانت الكتابة فباعها للسيد، فإن كان للسيدُ علماً بفسادها صح البيع وفي ذلك فسخ الكتابة الفاسدة، فلا يعتق بعد ذلك بالدفع وإن لم يعلم أو ظن أن الكتابة صحيحة، فإذا هي فاسدة ففي صحة البيع قولان مخرجان كما قال الشافعيُّ: إذا أوصى برقبته لرجلٍ ظناً أن الكتابة صحيحة وأن الوصية فاسدة هل تصح الوصية، قولان سواءً كان عالماً بفسادها أو جاهلاً، ومن أصحابنا من قال: لا يصح البيع قولاً واحداً بخلافِ الوصيّةِ لأنها تقبل الغَرر والجهالة والوقف على الشرائط بخلافِ البيع.

باب كتابَةِ النصرانيّ

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «ويَجُوزُ كتابَةُ النصرانيِّ».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتب النصرانيّ مملوكه جازَ كما تجوز كتابة المسلم، وقالَ بعضُ الفقهاءِ: لا تجوز كتابته لأن الله تعالى ندب المسلمين إليها بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ﴾ [النور: ٣٣]، الآية. ودليلُنَا حكم المعاملات والإعتاق يعم الكل، أو نقول: الكتابة تشتمل على المعاوضةِ والإعتاق بالصفةِ وكلاهما يجوز منه، وأمّا قولهم: ندب المسلمين إليها، قلنا: إنما خص المسلمين بالخطاب إكراماً لهم لا تخصيصاً بالحكم.

ثم جوّزَ كتابَتهُ [١٢٤/أ] على الوجه الذي يجوز كتابة المسلم، فإذا كاتب عبدَهُ ثم ترافعا إلى حاكم المسلمين نظر بينهما وحكم بحكم الإسلام، فإذا كانت الكتابة مما تجوز بين المسلمين أمضاها وإن كانت مما لا يجوز ردها لأن الحاكم لا يحكم إلا بما يسوغ في دينه.

ثم ذكر الشافعيُّ[2] رضي الله عنه فيما كانت الكتابةُ فاسدةً ثلاث مسائل: إحداها: أن يتعاقدا فاسداً ويقبض السيد العوض ثم أسلما وترافعا، فالحاكم يُقرّهما على ذلكَ لا على معنى أنه يحكم بصحته ولكن على معنى أنه لا يتعرّضُ لهما كما نقولُ: إذا تزوجها على مهرٍ فاسدٍ وتقابضا العوضَ ثم أسلما.

والثانية: أن يسلما ثم تقابضا في حالِ الإسلام فالحكم يبطل ذلكَ، لأن قبض الفاسدِ لا يصحُّ في حال الإسلام إلا أن العتق وقع بوجودِ الصّفةِ ويثبت بين السيّدِ وبين المكاتب التراجعُ، فإن كان مما دفعه إلى السيد لم يحتسب له بشيء وحسبَ عليهِ قيمة رقبته، وإن كان له قيمة احتسب عليهِ بقيمته وعلى العبد بقيمة رقبته، ويتراجعان الفَضلَ.

والثالثة: أن يُسلما ثم يتراجها قبل التقابض أو بعد قبض البعض وبقاء البعض يحكم بفسخ الكتابةِ وإبطالها لأنه ما لم يقبض جميع مال الكتابة فالعتق لا يقع وحكم العقد

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨١).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٦٧).

لم يتنجز، فحكم ببطلاته وارتفاعه إذا كان مما لا يصح مثله في الإسلام، فإن لم يحكم بفسخ الكتابة فأدى ذلك عتق بالصفةِ وثبت التراجعُ، وما أدى في حال الشرك من الحرام فحكمه حكم ما لم يرد شيئاً، فيكون التراجع بجميع القيمة نَصَّ عليهِ في «المختصر» لأن العتق وقع في حال الإسلام، فلم ينظر إلى ما أدى في حكم الكُفرِ ويُفارقُ هذا إذا تزوج في حال الشركِ [١٢٤/ب] ثم أسلم وقد أسلم إليها بعض الصداق الفاسد في الشرك احتسب عليها بقدر ذلكَ لما ذكرنا من الفَرق في كتاب النكاح، وهو أن الاعتبار في العتق بآخر النجوم لأن العتق يتعلق بهِ دون ما قَبلهُ، وفي النكاح لا يعتبر آخرهُ. وقالَ أبو حنيفة: إذا كاتبه على خمرٍ ثم أسلما لا يبطل ويؤدي إليه قيمة الخمر ويعتق كما قالَ في النكاح، وهذا لا يصحُّ لأنه إذا عقدها ابتداءً بخمرٍ كانت فاسدةً بخلافِ ما لو تزوجها على خمرٍ لا يفسد النكاح. وقالَ القفالُ: هذا إذا أسلما، أو أسلم السيدُ لأن ذلك لا يبطل الكتابة، فأمَّا إذا أسلم العبدُ دون السيدِ، فإن قلنا: إذا اشترى الكافر عبداً مسلماً فأجبرناهُ على بيعهِ فكاتبه يسقط الاعتراض عنه، وَلا يباع عليهِ فههنا أولى أن لا يُباع، وإن قلنا: هناكَ لا يسقط الاعتراض ويُباع عليه، فههنا وجهان، والأصحُّ أنه لا يُباع لأنه حين عقد الكتابة لم يكن توجّه عليهِ المنع منها في بيع وغيره، وفي إبطال الكتابةِ إبطالٌ للحق الذي ثبتَ لَهُ الموصل إلى العتق، والثاني: يباعُ عليه كالمسألةِ الأولى وهما على القولين في أن أحد الشريكين في المكاتب إذا أعتق نصيبَهُ متى يقوم عليهِ في الحالِ، أو بعدَ التعجيز، فإذا قلنا: لا يُباعُ عليهِ، ههنا فإذا عجز والسيد كافرٌ يباع عليهِ لا مَحالةَ.

فَرْعٌ

إذا عقد الكتابة في الشركِ بحرامٍ وحلالٍ ثم أسلما وتقابضا الحرام في الشركِ، وبقي الحلال في الإسلام، ففي الكتابة وجهان: أحدُهما: يحكم بصحتها لأن الحرام بقبضهِ في الشركِ صارَ عفواً، والباقي من الحلال في الإسلام يجوز أن يكون عوضاً، فعلى هذا يؤدي المكاتب الحلال، ويعتق بهِ، ولا تراجعَ فيهِ، والثاني: [١٢٥/أ] يحكم بفسادها لأن الحلالَ بعض العوض في عقدٍ قد فسد وللسيد إبطالها، فإن لم يبطل عتق فيها بالأداءِ ورجعَ السيدُ بقيمته ورجع المكاتب بما أداهُ، وكان قصاصاً إن تجانس ذكره في «الحاوي»[(١)].

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٢)]: «ولو أنَّ نصرانياً اشترى عبداً مسلماً فكاتبَهُ ففيهَا قولانِ».

الفَصْلُ

قد ذكرنا في شراء الكافرِ عبداً مُسلماً هل يصح الشراء؟ فيه قولان، فإذا قلنا: لا تصحُّ فكاتبه، فالكتابةُ باطلةٌ بلا خلافٍ، وإذا قلنا: يصح، وهو الذي نصَّ عليه ههنا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٥٥). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٨١).

فكاتب هل تصح الكتابة؟ فيهِ قولان: أحدُهما: تصحُّ الكتابةُ، وبه قالَ أبو حنيفة، ويزول بها الاعتراضُ، وهو اختيار المزني لأن القصد بالبيع عليهِ إزالة سلطانهِ عنه وبالكتابةِ زالت السلطنةُ ويستفيد العتقُ بأداءِ النجوم، والثاني: لا يصحُّ ولا يزول بها الاعتراض لأنه وإن كانَ ممنوعاً من استخدامهِ والتصرف فيه فإنهُ مُسلطٌ عليهِ في منعهِ من السفرِ وهبةِ ما في يديه.. والتصرف فيه على الإطلاق وفي ذلك عليهِ ذلّ وصغار، ولأنه أُمِرَ بإخراجه عن ملكه تاماً وليست الكتابة بإخراج تامٍّ، ويفارقُ هذا إذا كاتب الكافر عنده الكافر ثم أسلم لا يُباعُ عليهِ على المذهب الصحيح المنصوص لأن هناكَ لم يستحق إزالة ملكه عنه في الأولِ على ما ذكرنا. قال المزنيُّ: تصح الكتابة لأنه ممنوع من النصراني بكتابتهِ وعسى أن يؤدي، فيعتق يريد به أن للعبدِ حظاً في ذلكَ لأنه يؤدي إلى حُرّيته فكان أولى من مطالبته بالبيع وسُومح بما عليهِ من الذُّل لما يؤدي إليهِ العتق بهِ.

قال: «وفي تثبيته الكتابة إذا أسلم العبد ومولاه نصرانيٌّ [١٢٥/ب] على ما قلت دليلٌ، وباللَّهِ التوفيق». يعني المسألة التي ذكرها في الباب قَبلَهُ، والجوابُ أنا لا نسلم ذلكَ على ما ذكر القفال، وإن سلمنا فالفرقُ ظاهرٌ على ما ذكرنا، فإذا قلنا: الكتابة صحيحةٌ يقرّ عليها ثم ينظر فإن أدى مالَ الكتابةِ عتقٌ، وإن عجز نفسه استرقه السيد، وأزيل ملكه عنه، وإذا قلنا: الكتابة فاسدة يُباع عليهِ، فإن بادر العبد قبل أن يبيع عليه فأدى المال عتق عليهِ لوجود الصّفةِ ويثبت التراجعُ بينه وبين سيده لأنه عتق بكتابة فاسدة، فيثبتُ بينهما التراجعُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ في «الأم»[1]: ولو أن نصرانياً كاتَب أمةً له كتابة صحيحة ثم أسلمت واختارت المضي على الكتابةِ فوطئها السيّدُ فلها مَهرُ مثلها، فإن حملت فالولد حرٌّ مُسلمٌ لا سبيلَ عليه لأنه في ملكهِ، فإن ماتَ النصرانيُّ وهي على الكتابةِ عتقت بموتهِ، وبطل عنها ما بقي من الكتابة عليها ولها مالها ليس لورثةِ النصراني منه شيءٌ لأن النصراني كان ممنوعاً من مالها بالكتابةِ، ثم صارت حرةً بموتهِ، فصارت الورثة ممنوعين منهُ بحريتها، فإن ولدت وعجزت أخذت بنفقتها وحيل بينهُ وبين إصابتها، فإذا مات فهي حُرّةٌ ويعمل ما يُطيق وله ما اكتسب وأرش ما جنى عليها، فإنها لم تَلد ولم يمت النصرانيّ حتى اختارت العجز، قالَ الشافعي رضي الله عنه: أجبرَ على بيعها ما لم تلد، قالَ القاضي أبو حامدٍ: قد قيل: هذا على القول الذي لا يتحقق الحمل ولا يجوز بيعُها إذا كانت حَاملاً بولدٍ حُرٍّ مسلمٍ حتى تَضَع [١٢٦/أ].

بَابُ كِتابة الحَربيّ

مَسْأَلَةٌ: قالَ[2]: «وإذا كاتبَ الحربيُّ عبدَهُ في دارِ الحربِ ثم جَاءَ مُسْتَأمَنِين».

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٦٧). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٨١).

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن الحربيّ ملكه ثابتٌ على مالهِ وتصرّفه كتصرف المسلم في مالهِ، وإذا كاتبَ عبده صحت كتابته كما يصح بيعه ويصح عتقه المنجز والمعلق بصفةٍ، وقال مالكٌ: لا ملكَ لهُ، وقال أبو حنيفة: لا ملكَ له صحيحاً وكتابته لا تصحُّ، وكذلك إعتاقهُ، ودليلُنا قوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ﴾ [الأحزاب: ٢٧]، فأضافَ ذلكَ إليهم وحقيقةُ ذلك يفيد الملكَ.

فإذا تقررَ هذا وكاتبه في دار الحرب، ثم دخلا دار الإسلام مُستأمنين، أو دخلا دار الإسلام بأمانٍ ثم كاتبَهُ، فإنهما ما لم يترافعا إلى الحاكم ويتخاصما إليهِ لا يتعرضُ لهما بل نقرهما على ما فَعلاه، فإن ترافعا إليهِ يحكم بينهما بحكم الإسلام، فإن كانت صحيحةً في الإسلام أعلمهم صحتها، وأقرهم عليها، وإن كانت فاسدةً أعلمهم فسادها، وأنه لا يجوز الإقرار عليها فإن قَهر العبدُ سيدَهُ على نفسهِ في دار الحرب، ثم دخل دار الإسلام بأمانٍ ومعهُ السيد فقد ملك نفسَهُ وانفسخت الكتابة فيه وملك السيد بقهره إياهُ ويُقرّ على ذلكَ لأن دار الحرب دار قهرٍ وغلبةٍ ولذلكَ لو قالَ سيده: لا أرضى بالكتابةِ وقهره على نفسهِ واستعبده وحمله إلى دار الإسلام كان عبده وبطلت الكتابةُ، ولو دخلا دار الإسلام ثم قهر سيده على نفسهِ أو قهَرَهُ السيّدُ لا حكم لهذا القهرِ لأن دار الإسلام ليست بدار قهرٍ [١٢٦/ب] وغَلبةٍ، بل هي دار حق وإنصافٍ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولو كان السَّيدُ مسلماً فالكتَابَةُ ثابتةٌ».

أرادَ بهذا أن المسلم لو كاتب عبدُهُ الكافر في دار الحرب فكتابَتهُ ثابتةٌ ككتابته في دارِ الإسلام فلو قهره على نفسهِ، ثم حملهُ إلى دار الإسلامِ لم تبطل الكتابةُ بالقهرِ لأن كتابتهُ له أمَانٌ لأن الكتابةَ عقد يمنع السيد عن نفسه وماله فكان بمنزلة الأمان فلم يجز له استرقاقه وقهره، ويخالف الحربيّ لأن أمانهُ للكافر لا يصح، وقد فسرَهُ الشافعي رضي الله عنه في «الأم» ونقله المزني مختصراً.

فإن أدى المال عتق وثبت للمسلم عليهِ الولاءِ، ثم يقالُ له: إلى الآن كنتَ تابعاً لسيدكَ وقد صرت حراً وصار لكَ حكم نفسك، فإن شئتَ فاعقد لنفسك عقد الذمةِ وإن شئتَ فالحق بدار الحرب، فتكون حربياً لنا.

فإن لحق بدار الحرب وظهر المسلمونَ على الدار لم يجز استرقاقه لولاءِ المسلم عليهِ، ويُفارق هذا إذا كان للمسلم ابن حربيٌّ حيث يجوز استرقاقه لأنه ليسَ في ذلكَ إبطال نسبه، وفي هذا إبطال الولاءِ، وقد قالَ الشافعيُّ ههنا(٢): «فإن سبي لم يكن رقيقاً» يعني إن سبي مكاتب المسلم بعد الأداءِ لأنه علل فقالَ: «لأن له أماناً من مُسلم بإعتاقهِ أياهُ» وَهذا أيضاً اختصره المزنيّ وشرحُهُ في «الأم» هكذا، ثم قالَ(٣): ولو كانَ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨١).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٦٨).

(٣) انظر الأم (٧/ ٣٦٨).

أعتقه كافراً بكتابةٍ، أو غير كتابةٍ فسباه المسلمون كانَ رقيقاً لأن لا أمانَ له من مُسلم نفسه يسترق إذا قدر عليهِ، ففَرْق الشافعيُّ بين أن يعتق المسلم فلا يسترق [١٢٧/أ] وبَين أن يعتق الكافر فيسترق، وعَلل في المسلم بأنهُ في أمانٍ منه وفي الكافرِ أنه ليس بأمانٍ من مسلم وسيده يسترق لو قدر عليه، وعَلّل أبو إسحاق وابن أبي هريرة وصاحبُ «الإفصاح» بأنَّ لسيده عليهِ حق الولاءِ، فلا يجوز إسقاطه بالاسترقاق، وقالَ ابن أبي هريرة: هذا مرادُ الشافعي من قوله، لأن له أماناً من مُسلم بإعتاقهِ إياهُ. وقالَ القاضي الطبريُّ: هذا وإن كانَ تعليلاً صحيحاً، فليس بمراد الشافعيّ، وإنّما قصد الشافعي به أن نفس الكتابة والعتق عقد أمانٍ له، لأنهُ يمنع نفسَهُ بكل واحدٍ منهما من نفسهِ وماله يدلُّ على ذلك أن المسلم إذا كاتب عبدَهُ في دارِ الحَرب، ثم قَهَرَهُ على نفسهِ وحمله إلى دارِ الإسلام. قال الشافعي: لا تبطل الكتابة لأنه في أمانٍ منه فدلّ أن المراد بالأمانِ ما ذكرنا، وأمّا الظاهر فما قالَهُ الشافعيّ في الكافر أنه الكافرُ الحربيُّ لأنه قالَ[(١)]: ويسترق الذي أعتقه إن قدر عليهِ، فأمّا إن كانَ مكاتباً لذميّ فلحقَ بدار الحرب قد ذكرنا وجهين في جواز استرقاقه فظاهرُ تعليل الشافعي يقتضي أن يجوز لأنه ليس بأمان مسلم.

وأمَّا إذا حارب مكاتب المسلم ومعتق المسلم يجوز قتاله وإن منعنا من استرقاقه لا يختلفُ المذهبُ فيهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٢)]: «ولو كاتبَ المستأمنُ عندنَا عبدَهُ فأرادَ إخراجَهُ».

الفَصْلُ

جُملةُ هذا: أن الكافر الحربيّ إذا كاتب عبدَهُ ثم دخلا دار الإسلام بأمانٍ، أو دخلا دار الإسلام بأمانٍ، ثم كاتبَهُ فقد انقطع سلطانه عنه، فإن أراد العبدُ [١٢٧/ب] الرُّجوع إلى دار الحرب لم يكن للسيدِ منعهُ منه لأن تصرفه قد انقطع عنه، وإنما بقي له في ذمته دين، وإذا أراد السيدُ الرجوع إلى دار الحرب ينظر في العبد، فإن أراد الرجوع معه لم يمنع لأن للمستأمن أن يرجع إلى دار الحرب، وإذا رجعا فالكتابةُ باقية بحالها. وقال أبو حنيفة: إذا رجعا بطلت الكتابةُ وعتق العبدُ وهو خطأٌ لأنه عقد معاوضةٍ فَلا يبطل بمثل هذا، ولو امتنع المكاتب من الرجوع مع السيد إلى دار الحرب وجاء إلى الحاكم وقالَ: إنه يقهرني على الحمل معَهُ، ولست آمن أن يغلبني على نفسي، ويبطل كتابتي فالحاكم يمنعهُ منهُ ويقولُ له: إن شئت أقمت حتى تقبض نجومه وإن شئتَ خرجت ووكلت من يقبضها لكَ، فإن اختارَ المقام نظر في النجوم، فإن كانت تحل في أقل من سَنةٍ فليس عليه الجزيةِ، وإن لم تحل إلا في سنةٍ، فإنه يمنع من المقام في دارِ الإسلام سنة إلا بجزيةٍ، فإذا خرج ورجع إلى دار الحرب فقد انتقض الأمان في نفسهِ وفي سائر

---

(١) انظر الأم (٧/٣٦٨).
(٢) انظر الأم (٥/٢٨١).

ماله سوى المكاتب، وما يؤخذ منه، فإن الأمانَ فيها باقٍ ويجوز أن ينتقص الأمانُ، فإن أدى المكاتب المال إلى وكيلهِ عتق وبعث الوكيل المال إلى الحربيّ، وإن عجز المكاتب نفسَهُ رق وعاد ملكاً للحربي كما كانَ ورد إلى سيده فإن مات سيده قبل أن يرد قال ههنا: يرد إلى ورثته لأنه مالٌ له أمانٌ فوارثه بمثابتهِ، وقالَ في كتاب السير: يكون مغنوماً ومعناه يكون فيئاً لأنه مالُ حربي، واختار المزني القول الأول لما ذكرنا من الوجهِ، فإذا قلنا بالقول الثاني يؤدي مال كتابتهِ إلى بيت المالِ، فإذا عتق بالأداءِ يكون ولاؤُهُ [١٢٨/أ] لكافةِ المسلمينَ، وإن رق كانَ فيئاً لأن الأمان بطل على ما ذكرنا. وقالَ ابن أبي هريرة: إذا نقض السيدُ الأمان، وخرجَ إلينا محارباً هل نغنم مكاتبه فيه قولان أيضاً: أحدهما: يغنم كما قلنا في الموت، والثاني: لا يغنم ويكون الأمانُ مُستبقى في حقهِ لأنه يجوز أن يكون للحربي أمانُ على مالهِ دون نفسهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «فإنْ خرجَ فسُبيَ فمنَّ عليهِ، أو فودي به».

الفَصْلُ

عطف الشافعي رضي الله عنه بهذه المسألةِ عليهِ إذا مات، وهي إذا خرج السيدُ إلى دار الحرب وبقي مكاتبه عندنا على ما بيناهُ فسبى السيد فالإمام فيهِ بالخيار بين أربعةِ أشياء أن يمن عليهِ، أو يقاد به، أو يقتله، أو يسترقه، فإن قتلَهُ، فهو كما لو مات، وقد ذكرنا حكمه، وإن أطلقه، أو فاداهُ بمال أو برجالٍ، فالملك على حالتهِ لأن له أماناً فيه، فإن كل مالٍ تركه في دارِ الإسلام ولم يحمله مع نفسهِ فإن له فيه أماناً وما يحمله مع نفسهِ ينتقص الْامان فيهِ كما ينتقص في نفسه، فإن قيل: أليس قد صار بالسبي رقيقاً وزال ملكه، فلم رددتموه إليه؟، قلنا: نص الشافعي ههنا على أنه لا يكون رقيقاً لأنه مال فمن عليه به أو فودي، فلم يكن رقيقاً، وإنما يصير رقيقاً باسترقاق الإمام إياهُ، وإن استرقه الإمامُ زال ملكه عنه بالاسترقاق ولا ينتقل ماله إلى سيده الذي استرقه لأن السيد إنما يملك إكساب عبده بعد استرقاقه، وذلك مال قد كسبه قبل الاسترقاق، فلم يملك سيده، ولا يكون أيضاً لوارث هذا الأسير المسترق لأنه مملوك حيٌّ، ولا يورث مملوك حي، فنقول: كتابته بحالها لا تبطل ولا يجوز أن يؤديها إلى وكيل السيّدِ لأن الاسترقاق أبطل وكالته، ويكون الحاكم هو القابض [١٢٨/ب] وحكم الاسترقاق مبنيٌّ على حكم موتهِ، فإن قلنا: لو مات لا يغنم ماله فههنا أولى أن لا يغنم ويترك حتى يعتق فيسلم إليه أو يموت رقيقاً، فيكون حينئذٍ مغنوماً لا موروثاً لأن ورثته لا يرثونه إذا مات عبداً، وإن قلنا: إذا مات يغنم ماله، فههنا قولان: أحدُهما: يغنم ويكون فيئاً لأهل الفيء لأن رقهُ ينافي ملكه كموته ينافي ملكه، والثاني: لا يغنم لأنه يجوز أن يعتق، فيعود مالكاً بخلافِ ما لو مات لاستحالة حياتهِ بعد موتهِ وهذا اختيار أبي إسحاق، والأولُ اختيار

---

(١) انظر الأم (٢٨٢/٥).

المزني، وقال صاحب «المنهاج»: اختيار المزني أن يغنم، وهذا الاختيار ليسَ لنفسهِ وإنما هو للشافعي رضي الله عنه. فأمّا اختياره لنفسه في المسألةِ السابقةِ هو القول الثاني فكذلك ينبغي في هذه المسألةِ أن يكون ذلكَ اختياره ولفظه ههنا أنه قالَ: هذا أشبهُ بقوله عندي لأن الذي حكم به قبل هذه المسألةِ يعني مسألة موت الحربي في بلاد الحرب قبل أن يسترق، فإن الشافعي في تلك المسألةِ حكم بهذا القول، وهو أن يكون مغنوماً، وذكر العلة لهذا القول، فقال[١]: «لأَنَّهُ لمّا أبْطَل أن يملُك يَغْنِي بالاسْتِرْقَاق بَطل عن مَالهِ ملكه» ومن قالَ بالقول الآخر أجابه بأن حالةَ الملكِ مأمولةٌ منه بخلافِ الميت على ما ذكرناه.

فإذا قلنا: يكون ماله ومكاتبه مغنوماً كانَ ما يؤديهِ المكاتب فيئاً لبيت المال، فإن عتق بالأداءِ كان ولاؤهُ لكافة المسلمين وقد قال الشافعي[٢]: فإذا استرق فعتق مكاتبه بالأداءِ، ومات الحربي رقيقاً لم يكن لرقيق ولاء ولا لأحدٍ بسببهِ ومعناه وليس لورثةِ الحربي ولاء على هذا المكاتب بسبب الحربي والحربي ليس من أهلِ الولاءِ [١٢٩/أ] على عبده.

أو معناه: لا ولاءَ لأحدٍ من المسلمين بعينه لأن ولاءهُ لجماعتهم، وإن عجز كانَ مملوكاً لبيت المالِ لكافةِ المسلمين وسواءٌ على هذا القول أن يموت السيدُ على رقهِ أو يعتق قبل موته، فإن جعلناهُ مغنوماً لا يرد إليه، ومن أصحابنا من قالَ: لا ولاءَ لأهل الفيءِ عليهِ ولكن يبطل ولا يكون لأحدٍ عليه ولاء، وهذا ظاهرُ ما قاله الشافعي رضي الله عنه ههنا، وَهذا لأن الولاءَ لا يورثُ، وإنما يخلفه الأقربُ فالأقرب من عصباتهِ وأهل الفيء ليسوا بعصباتٍ لهذا الكافر فلم يخلفوه في ولاءِ مكاتبيه، ولأنه لا ولاءَ له لأنه لا يجوز أن يكونَ لأحدٍ بسببه ولاءٌ لأنه خليفته إذا استحقه عنه وهذا اختيار القاضي الطبري، وإن قلنا: لا يغنم كانَ ماله موقوفاً على ما يكون من عتقه أو موته، فلهُ حالتان: إحداهما، أن يعتق قبل موته، والثانية أن يموت قبل رقه فإن عتق قبل موته عاد ماله الموقوفُ إلى ملكه، وإن كانَ المكاتب باقياً على كتابته أداها إليهِ، وكانَ ولاؤُهُ إن عتق له، وإن كانَ قد أداها إلى الحاكم أخذَ من الحاكم ما قبضَهُ من مكاتبه وكانَ له ولاء مكاتبه.

وإن ماتَ على رقه كان ماله مغنوماً لا يرد على سيده ولا على وارثهِ ويعتبر حال مكاتبه، فإن عجز ورق كان مغنوماً وإن أدى وعتق، فإن كانَ قبل استرقاق سيدهِ ففي ولاءهِ وجهان: أحدهما، لبيت المال كسائر أمواله، **والثاني**: يزول الولاء ويرتفع ويصير المكاتب بعد العتق ممن لا ولاية عليهِ، وهذا معنى قول الشافعي، ولا ولاءَ لأحدٍ بسببهِ.

وإن كان عتق المكاتب بعد استرقاق سَيّده وقبل موتهِ فالولاء ثابتٌ، وفي مستحقه

---

(١) انظر الأم (٧/٣٦٨).
(٢) انظر الأم (٧/٣٦٨).

قولان: أحدهما، لبيت المالِ، [١٢٩/ب] والثاني، لسيّدِ السيّدِ وهما مبنيان على القولين في مكاتب المكاتب إذا عتقَ الثاني قبل عتق الأولِ كانَ في ولاءِ، الثاني، قولان: أحدهما، للسيّد، والثاني، موقوفٌ على المكاتب الأولِ.

وإن كانَ عتق المكاتب بعد موت سيده يكون ولاءه ثابتٌ لبيت المال قولاً واحداً، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا في الموت لا يغنم ماله فههنا إذا استرق ومات رقيقاً فيه أقوالٌ: أحدها، يكون مغنوماً، وهو الأصح، والثاني، مخرجٌ أنه للسيد الذي ماتَ هو في ملكه، والثالث، مخرجٌ أيضاً أنه لورثته الحربيين فكأنَّهُ كانَ موقوفاً بينَهُ وبين ورثته فتبين بموتهِ أنه ورث ذلكَ يوم استرق وأصل القولين المخرجين ما قال الشافعي في ذميٍّ جرح فلحق بدار الحرب، فاسترقَّ قبل البرء فمات رقيقاً فيه قولان: **أحدهما** على الجاني الأكثر من أرش جراحته حراً، أو ديته حراً وللسيد منه قدر قيمته، والباقي لورثته ذكره القفالُ، وفي هذا نظرٌ عندي.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولَو أَغَارَ المُشْرِكُونَ عَلَى مكاتبٍ للمُسْلِمينَ استنقذهُ المسلمونَ».

الفَصْلُ

إذا كاتب المسلم عبداً ثم ظهر المشركونَ على الدار فأسروا المكاتب وحملوه إلى دارِ الحرب لا يملكون لحق المسلم، فإذا انفلت المكاتب منهم أو ظهر المسلمون على الدارِ فأخذوهُ فهو على كتابته وهكذا إذا دخل الكافرُ دار الإسلام بأمانٍ فكاتب عبداً ثم ظهر المشركونَ على الدارِ فقهروا المكاتب على نفسهِ، وأحرزوه بدار الحرب ثم انفلت منهم، أو غلبهم المسلمون عليهِ يكون على كتابته لأنه كانَ له أمانٌ كما لو أغاروا على نصرانيّ فاستعبدوه، ثمّ [١٣٠/أ] استنقذهُ المُسلمونَ كانَ حراً وكذلكَ لو أغارُوا على حربيٍّ في دارِ الإسلام، وقد دخل بأمانٍ فسبوهُ ثم استنقذهُ المسلمونَ كانَ له أمانه، قالَ الشافعي: فإن أراد أَن يصبر حتى يتخلص العبدُ فيؤدي إليه كتابته فعل، وإن أراد أن يعجزه إذا حل عليهِ نجم وعلم أنه لا مال للمكاتب يؤدي عنه عجزه لأن حقه لا يبطل في تعجيزه بأن أخذه المشركونَ وأسروهُ، فإن عجزه ثم تخلص من أيدي المشركين وثبت أنه كانَ له مالٌ في وقت تعجيزه غير أنهم لم يقفوا على موضعهِ، أو لم يمكنه إيصاله إلى سيده بطل التعجيز وأدى إليهِ، وعتق وإن لم يصح ذلكَ فالتعجيز صحيحٌ وهو عبده ومن أصحابنا من قال: في هذه المدة التي هو في يد القهر هل تحتسب من أجله قولان: أحدهما، تحتسب، والثاني: لا تحتسب كما لو حبسَهُ السيدُ، وهذا كالمبيع إذا تلف قبل القبض سقط الثمن سواء كان بتفريط من جهةِ البائع أو لا والصحيح الأولُ. والفَرق أنه إذا حبسَهُ السيدُ فقد تعذرت المنافع بتفريط من جهة السيدِ بخلاف ما لو حبسَهُ الكفّارُ، فافترقا ويمكن أن يجاب عن هذا الفرق بأن التسليم والتمكين مستحق

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٢).

على السيدِ فإذا تعذّر لم يفترق الحكم بين أن يكون من جهته أو من جهةِ غيره، فإذا قلنا: لا تحتسبُ عليه مدة الحبس، فحلت النجوم فليس للسيدِ الفسخ لأن الحلول على الحقيقةِ لم يوجد والمدة ما انقضت في الحكم، وإذا قلنا: يحتسبُ، ولهُ أن يفسخ عند العجز وهو المنصوصُ فهل لهُ أن يفسخ بنفسهِ، أو يرفعه إلى الحاكم وجهان: أحدهما: يفسخه بنفسهِ كما لو كانَ المكاتب حاضراً وعجز عن الأداءِ، والثاني: يرفعهُ إلى الحاكم [١٣٠/ب] ليستكشف من حال المكاتب فإن وجدَ له مالاً يفي بما عليهِ أداهُ، وعتق وإلا فسخ حينئذٍ، ويخالفُ حالة الحضور فإنه يعترف بالعجزِ فيغني عن كشفِ حالهِ.

فَرْعٌ

قالَ أبو إسحقَ: لو كان الحربي كاتبه عندنا ثم سباهُ وأخرجه من بلادنا كان على كتابته، فإذا قدرنا على سيده وعليهِ فأخذناهما جميعاً استرقَ السيدُ وبقي العبدُ على كتابته وفي نجومهِ التي قد حلت وهو في يد سَيدهِ مغلوبٌ على كسبهِ وعلى نفسهِ قولان على ما ذكرنا إذا حبسهُ السيدُ مدةٌ، قال أبو إسحاقَ، فإذا قلنا: لا يحتسبُ على المكاتب بتلك المدة يحتمل أن لا يحتسبَ على السيد بقيمة خدمته ولا بما أخذه من كسبهِ، ويحتمل أن يحتسبَ بهِ عليهِ، وإن استؤنفَ الأجل بهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»(١): ولو كانَ العبدُ لحقٍ بدارِ الحرب فلم يحدث له السيدُ قهراً يسترقه به حتى خرج إلينا بأمانٍ فهو على الكتابة، ولو لحق بدارِ الحربِ وأدى المكاتب بها، ولم يحدث له السيدُ قهراً، وخرجا إلينا كان حراً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «ولَو كَاتَبهُ فِي بِلَادِ الحَربِ ثمَّ خَرَجَ المكاتبُ إلينَا مُسلماً كانَ حُرًّا».

أرادَ إذا كاتب الحربي عبده في دار الحرب ثم خرج المكاتب إلينا مُسلماً مراغماً سيدهُ من جهةِ القهرِ حكمنا بحريته لأن الدار دار القهرِ، فإذا قهر سيدهُ على نفسهِ مَلكها ومن ملكَ نفسَهُ عتق ثم يقال له: أنت بالخيار بين أن تقيم وتعقد لنفسك ذمة أو تلحق بدار الحرب فتصيرُ حرباً لنا، [١٣١/أ] وإن دخلَ دار الإسلام بإذن سَيده، إما لتجارة أو لحاجة فهو على الكتابةِ لأنه في يدِ السيّدِ.

بَابُ كتابةِ المرتدِّ

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٣): «ولو كاتبَ المرتدُّ عبدَهُ قبلَ أنْ يقف الحاكمُ مالَهُ كانَ جَائِزاً».

جُملةُ هذا: أن المسلم إذا ارتد ثم كاتب عبدَهُ، هل تصح كتابتُهُ أم لا نصَّ ههنا أنه

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٦٨). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٢).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٢).

يصح كتابته ونص في المرتد إذا دبر عبده على ثلاثة أقوالٍ، واختلفَ أصحابنا في هذا على طريقين فمنهم من قال: فيها ثلاثة أقوالٍ، ومنهم من قال: في الكتابةِ قولان: أحدهما، أنها باطلةٌ، والثاني، أنها صحيحةٌ ولا يجيء القول الثالث فيها لأن العقد لا يقفُ عند الشافعي رضي الله عنه، ولأنه لا يجوز عقدُ الكتابةِ عَلى غرر، ألا ترى أنه لا يجوز تعليقهُ بالمشيئة ولا بمدةٍ مجهولةٍ، فلم يجز أن يكونَ موقوفاً بخلافِ التدبير وهذا اختيار القاضي أبي حامدٍ، وقالَ: أظهرُ قوليه، وأولاهما جواز تصرفه كهو قبل ردته، وقال أبو إسحاق: الصحيحُ، الطريقة الأولى لأنه إنما لا يجوز أن يقف العقد من ملك الغير، فأمّا في ملك الإنسان يجوز أن يكونَ موقوفاً بمعنى حادث فيهِ كما تقول في المريض إذا وهبَ أكثر من ثلث مالهِ وسلمه إلى الموهوب له فالهبةُ موقوفةٌ، فإن صح من مرضهِ كانت نافذةً وإن مات من مرضهِ رَدّ منها ما زادَ على الثلث، فإذا جاز توقف تصرف المريض على ما يظهرُ من اتصالهِ بالموت، أو انفصالهِ عنه بالبرء فكذلك تصرف المرتد [١٣١/ب] يجبُ أن يكون موقوفاً إلى اتصاله بقتله، أو انفصاله عنه بالتوبة ولا فرق بينهما، وهذا اختيارُ أبي حامدٍ، ولأن في الكتابة معنى العتق بالصفة كالتدبير سواءً فهما سواءٌ في جواز الوقف، ومن قال: بالأول فرق بين المريض وبين المرتد بأن المرتد غلط عليهِ بما أتى به من الكفر والمريض الجشع له فيها ولا يقدر على إزالته فسومح له في جعل تصرّفهِ موقوفاً، فأمّا إذا وقف الحاكم ماله على توبته أو قتله على الردة، فكاتب عبده لم تجز الكتابةُ قولاً واحداً لما أحاط بهِ من الحجر فإذا تقرر هذا، فإن أدى هذا المكاتب المال نُظر، فإن أدى قبل أن يحجر عليه، فإن قُلنا: الكتابةُ صحيحةٌ، وهو اختيار المزني فقد عتق بالأداءِ ويكون الولاءُ والمالُ لسيده لأن ملكه على هذا القول ثابتٌ على مالِهِ، وإن قلنا: إنها باطلةٌ، فإن أدى لم يعتق لأنه محكوم بزوال ملكه عن ماله ولو أعتق عبده ابتداء لم ينفذ، وإن قلنا: إنها موقوفةٌ نظر، فإن أسلم السيّدُ تبينا أن الكتابة قد صحت ويصح الأداءُ ويقع العتق، ويكون الولاءُ للسيّد وإن قتل أو مات على الردةِ تبينّا أنها باطلةٌ وأن الأداء لم يصح فيكون العبد فيئاً للمسلمين، وكذلكَ ما في يده من المالِ، وإن أدى بعدما حجر الإمام على المرتدِ في مالهِ، فإن قلنا: الكتابةُ باطلةٌ فليس بينهما عقدٌ والعبدُ باقٍ على الرق، فأداؤه كلا أداء، وإن قلنا: إنها صحيحةٌ أو موقوفةٌ فلا يجوز أن يدفعَ المالَ إلى السيدِ لأنهُ محجورٌ عليهِ لا يصح منه القبض، فإذا دفع إليه لا يعتق وللحاكم مطالبته بالمال، ثم إن كان ما دفعه باقياً بحالهِ أخذَهُ [١٣٢/أ] ودفعَهُ إلى الإمامِ وعتق، وإن كانَ تالفاً فقد هَلَكَ من ضمانهِ، وإن كانَ له شيءٌ آخر يدفعه إلى الحاكم، وإلا كانَ له تعجيزه، فإن أسلم السيدُ، قالَ الشافعي[1]: كان عليهِ أن يحتسبَ له بما دفعَ ويعتق عليهِ العبد، لأنا لم نصحح قبضَهُ لحق المُسلمينَ، فإذا أزال حقهم وصار الحق له صح قبضه ووقع العتقُ،

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).

ويخالف المحجور عليه للتبذير إذا قبض ديناً له لا يبرأ الدافع، وإن أطلق عند الحجر لأنه لا حجر عليهِ نظراً له بخلاف المرتد نصَّ عليهِ، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا كاتب بعد الحجرِ فإن قلنا: الملك باقٍ، هل تصح كتابته؟ فيه قولان: أحدهما، باطل، والثاني، موقوفٌ كالقولين في المحجور عليهِ بالفلسِ، وهذا ضعيفٌ، وقال أيضاً: إذا أسلم السيدُ بعدما قبض المال بعد الحجر فيه قولان: أحدهما: صح ذلكَ الأداءُ على ما ذكرنا حتى إذا كانَ الحاكمُ أخذه مرّةً أخرى رد عليه، وإن عجزه ألغى تعجيزه، والثاني: أنه باطلٌ لا موقوفٌ ولا ملغى التعجيز فيه، وبناؤُهُ على ما ذكرنا من تصرفات المحجور بالفلس، وهذا ضعيفٌ أيضاً.

فَرْعٌ

قال أبو إسحاق: وينبغي للحاكم أن يمنع المرتد من مالهِ نظراً للمسلمين لئلا يتلفَهُ في الأيام التي يتأنى بهِ فإنه قد حصر السبب الذي يستحق المسلمون مالهُ، والظاهرُ من حالهِ أنه لا يقصر في إتلافه عليهم ما أمكنَهُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «ولو ارتَدَّ العَبدُ ثُمَّ كاتبَهُ جَازَ».

الفَصْلُ

إذا كانَ للمسلم عبد فارتد العبد ثم كاتبه السيد صحت الكتابَةُ لأنها تشتمل على معاوضةٍ وصفةٍ، وتصح المعاوضة على المرتدِّ ويصح عتقه بالصفةِ [١٣٢/ب] ولأن ردّته لا تزيل ملك سيده عنه ويجوز بيعه أيضاً بعد الردّةِ، فإن أدى الكتابة إلى السيدِ قبل الحجر عتق، وصار حراً مرتداً يستتاب فإن تابَ وإلا قتل وإن عجز نفسهُ استرقه السيدُ، فإن تاب وإلا قتل ويكون مالهُ لسيده وإن قتل على الرّدةِ قبل أن يؤدي وقبل أن يعجز انفسخت الكتابة بقتلهِ، ويكون ما في يده من المالِ للسيدِ لأنه قد عاد إلى ملكه بانفساخ الكتابةِ ولو تبرع بالأداءِ عن المكاتب المرتد صح وعتق، وإن اكتسب وأدى عتق أيضاً لأنهُ يملك كسبَهُ في حالةِ الردةِ، وإن صار محجوراً بالبيع والشراء على قول، ويملك بالهبةِ والوصيّةِ أيضاً.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»[2]: ولا أجيز كتابة السيد المرتد ولا العبد المرتد عن الإسلام إلا على ما أجيز كتابة العبد المسلم بخلافِ النصراني ومن لم يسلم قط فيتركان على ما يستحلانِ في دينهما ما لم يتحاكما إلينا.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ[3]: ولو لحق السيّدُ بدارِ الحربِ بعد أن ارتد يتأدى الحاكم كتابة مكاتبه فمتى

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٢).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٦٩).

عجز يرده الحاكم إلى الرق، وإن عتق فولاؤُهُ للذي كاتبه وإن كان مرتداً، وإذا عجز الحاكم المكاتب فجاءَ سيده تائباً فالتعجيز ماضٍ على المكاتب إلا أن يشاءَ السيّدُ والعبدُ أن يجددا الكتابة.

بَابُ جناية المكاتب على سيده

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «وإِذَا جَنَى المكاتبُ على سَيدِهِ عَمدَاً».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا جنى المكاتب على سيدهِ نظر، فإن كانَ على طرفهِ فالخصم فيه السيّدُ فإن كان عمداً فله القصاصُ، وإن كانَ خطأً فله الدية لأن السيّد مع مكاتبه [١٣٣/أ] وبكم يفديه فعلى ما ذكرنا من القولين، وقالَ أبو إسحاق: إن كانَ ما في يدِ المكاتب لا يفي بالأرش والنجم فقولاً واحداً لا يفدي نفسَهُ إلا بأقل الأمرين، وإن كانَ ما في يده يفي بهما، ففيه قولان: أحدهما: هذا. والثاني: يفدي بجميع الأرش على ما ذكرنا، والصحيحُ الطريقة الأولى، وهي النصّ لأن الزيادة إضرارٌ بالسيّدِ في الجملة فلا تجوز إلا بإذن السيد قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»: لو أن مكاتباً بين رجلين جنى على **أحدهما** جنايةً ضمن الأقل من أرش الجنايةِ وقيمته فإذا أدى فهو على الكتابةِ وإن عجز عن أدائها مع الكتابة فللمجني عليهِ تعجيزه، فإذا عجزه بطل عنه نصف الجنايةِ لأنه يملك نصفه وكان لشريكه أن يفديها بالأقل من نصف أرش الجناية، أو نصف قيمته، فإن لم يفعل بيع نصفه في أرش الجنايةِ.

قال: ولو جنى عليهما معاً كان لكل واحدٍ منهما عليهِ في الجناية ما للآخرِ، فإن عجز المكاتب، أو عجزاهُ، أو أحدهما، فهو عاجزٌ وسقط نصف أرش جنايتهِ كل واحدٍ منهما، ويصوّرُ إذا جنى كل واحدٍ منهما موضحةً وقد ذكرنا فيما تقدم حكمه.

ولو جنى على **أحدهما** موضحةً، وعلى الآخر مأمومةٌ كانَ نصف أرش الموضحةِ للمجني عليهِ فيما يملكه شريكه، ونصف أرش المأمومةِ للمجني عليهِ وعلى هذا الباب.

فَرْعٌ آخرُ

إذا جنى المكاتب على أجنبي خطأ فطلب مستحق الجنايةِ الحجر عليهِ فقد ذكرنا أنه إن كانَ الأرشُ أكثر من قيمتهِ أجيبَ إلى الحجر عليه لأنه لا يصل إلى الزيادةِ عليها إلا مما في يدهِ، وإن كان الأرش بقدر قيمته يحتمل وجهين: أحدهما: يجابُ أيضاً لأن أرش الجنايةِ يتعلق بما في يدهِ فصار كسائر الديون، والثاني: لا يجابُ إليهِ [١٣٣/ب] لثبوت الأرش في رقبتهِ وأنه يرجع عند إعساره إلى أخذ الأرش منها ذكره في «الحاوي»[٢].

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٢).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٦٦).

بابُ جنايةِ المكاتبِ ورقيقهِ

مَسْألَةٌ: قالَ[(١)]: «وإذا جنى عبدُ المكاتبِ فعلَى سَيدِه الأقلُ مِن قيمةِ عبدِهِ الجاني يومَ جنى».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا اشترى المكاتب عبداً للتجارة فجنى هذا العبد على أجنبيّ إمّا حر، أو عبدٍ فإن كانت الجنايةُ عمداً فعليهِ القصاصُ، فإن عفى عنه فالدية وإن كانت خطأً فعليه الأرشُ، فإن أرادَ السيدُ أن يفديه كانَ له ذلكَ لأنه سيده وبكم يفديه ينبني على القولين في الحر في العبد القن، فإن قلنا: يفديه بأقل الأمرين كان للمكاتب أن يفديه بذاكَ لأنها لا تزيدُ على ثمن المثل، وإن قلنا: يفديه بأرش الجنايةِ بالغاً ما بلغ أو يسلمه للبيع نظرَ في الأرشِ، فإن كانَ أقل من قيمتهِ فله أن يفديه بهِ، وإن كانَ أكثر لم يكن لَهُ أن يفديه لأنهُ لا يملك ابتياع هذا العبد أكثر من ثمن مثله وتعتبر قيمة العبد يوم جنايته لا بيوم الفداءِ لأن تقويم جنايته زمان تعلق الأرش برقبته، وقالَ القفالُ: هكذا نصّ الشافعي وهو مشكل عندي ويجب أن تعتبر قيمته يوم الفداءِ لأن استدامةَ ملكه إنما يقع ذلكَ اليوم ولعل مراد الشافعي إذا تقدم هناك منعٌ من البيع، ثم قالَ الشافعيُّ[(٢)]: «فإن قوي على أدائها مع الكتابة، فهو مُكَاتبٌ» يريد بهِ أنه لا يجوز تعجيزه لأن العجز لم يظهر بعد وإن أذن له سيده أن يفديه بأكثر من قيمته هل يجوز ذلكَ؟ فيه قولان كالقولين في هبته بإذن سيده.

فإن قيلَ: أليس لو ملكَ المكاتب أباهُ فجنى الأبُ [١٣٤/أ] قلتم: لا يجوز له أن يفديهِ أصلاً فما الفَرقُ؟ قلنا: الفَرقُ أنهُ لا يمكن التصرف في أبيه بالبيع، فلم يجز أن يعاوض عنه بخلاف عبده الأجنبي ولهذا لا يجوز لهُ أن يشتري أباهُ وله أن يشتري من لا يعتق عليهِ.

مَسْألَةٌ: قالَ[(٣)]: «ولهُ تعجيلُ الكتابةِ قبلَ الجنايةِ، وقبل الدينِ الحالِّ».

الفَصْلُ

إذا كاتب عبداً فاجتمعت عليهِ حقوق كثيرةٌ مختلفةٌ من دين اقترضه وثمن مبيع ابتاعهُ وأرش جنايةٍ، فلا يخلو إما أن يكون قد حجر عليهِ أو لم يكن حجر عليه، فإن لم يكن حجر عليه فلا يخلو إما أن يكون كلها حالاً أو بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً، فإن كان كلها حالاً فله أن يقدم ما شاءَ منها وإن كان بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً كأرش الجناية لا يكون إلا حالاً ومال الكتابة قد يكون حالاً، وقد يكون مؤجلاً، وكذلك ثمن المبيع، فإن بدأ فقضى الدين الحال جاز ويبقى عليهِ المؤجل، وإن أراد تعجيل المؤجل نظر،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٢).

(٢) انظر الأم (٥/ ٣٩٥).

(٣) انظر الأم (٧/ ٢٨٢).

فإن أراد تعجيل دين الأجنبي لم يكن له ذلكَ لأنه يجري مجرى التبرع، فهو كالهبةِ وإن أراد تعجيل مال الكتابةِ فهو هبةٌ من سيده، فيكون بمنزلة الهبةِ بإذنه فيه قولان إلا أنه لا يؤدي مال الكتابةِ من العبد الجاني لأن أرش الجنايةِ يتعلق برقبته وهو مرتهن، فليسَ له أن يتصرف فيه حتى يفكه من الجنايةِ.

وإن كان قد حجر عليه بأن كانَ المال الذي في يده يضيق عن ديونه فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليهِ فحجر فإن تصرفهُ ينقطع بذلكَ كما قلنا في الحر المحجور عليهِ ويكون الأمرُ إلى الحاكم. قال الشافعيُّ(١): فيؤديَ الحاكم إلى سيدهِ وإلى الناس [١٣٤/ب] ديونهم شرعاً، وأراد بهِ أن يقسم بينهم بالحصصِ ولا يقدم بعضهم على بعضٍ، وهذا لأن الكتابة ما دامت باقية فدين سيده لأن لازمٌ كدين الحرّ سواءً وليس مرادَ الشافعي أن يقضي كل واحدٍ منهم جميع دينه لأنه ربما يحجر عليه إذا لم يكن في يده ما يفي بما عليهِ وخيف النقصان، وظهرت أماراتُه، وهذا ظاهرٌ في كلام الشافعي لأنه قالَ عقيبَهُ(٢): «فإن لَم يَكُن عِندَه مَا يُؤَدي هَذَا كله عجزه» فدلّ أن ماله لا يفي بديونهم حتى حجرَ عليهِ، هكذا ذكره أبو إسحاق، وقال ابن أبي هريرة: يبدأ بدين المعاملةِ على مالِ الكتابةِ وأرش الجنايةِ إذا لم يكن في المالِ وفاء بالجميع لأن صَاحب الدين لا حق له في الرقبةِ، وكذلكَ المجني عليهِ. وقالَ القاضي الطبري: لا يختلف أصحابنا أن مذهب الشافعي هذا وتأويل ظاهر كلام الشافعي أنه أرادَ إذا كانَ ماله يفي بقضاءِ ديونهِ، وإنما حجر عليهِ لأنه خيفَ إفلاسهُ فيسري حينئذٍ في القسمةِ والثاني: أنه أراد بهِ إذا رضي أصحاب الديون بذلك وعلى هذا إذا دفع إلى صاحب الدين حقه نظرَ، فإن بقي معَهُ شيءٌ دفع إلى المجني عليهِ وقدم على السيد لأنه يأخذ بالجنايةِ والسيد يأخذ بالملك، وحق الجناية مقدم على الملك، ثم إذا قضى حق المجني عليهِ، فإن بقي معَهُ شيءٌ دفعه إلى السيدِ وإلا عجزه السيد وإن لم يكفِ بقي بعد قضاءِ الدين شيءٌ فلكلٍّ واحدٍ من السيد والمجني عليهِ تعجيزه على ما ذكرنا ثم إذا اختار تعجيزه انفسخت الكتابة وبرئت ذمة المكاتب مما عليهِ من حق السيدِ وبقي حق المجني عليهِ متعلقاً برقبته وإن لم [١٣٥/أ] يختر السيدُ تعجيزه واختار المجني عليهِ ذلكَ، قيل: للسيدِ أتختار الفداء؟، فإن اختار ذلكَ بقي على الكتابةِ وإن لم يختر فللأجنبي أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يفسخ الكتابة ويبيعه في الجنايةِ، فإن كان ثمنه قدر الأرش أو أقل دفع إليهِ، وإن كانَ أكثر فالفضلُ للسيدِ وعلى هذا لو أدى أولاً دين السيد لم يعتق إلا بإذن الغرماءِ وإذا قلنا: يقول أبي إسحاق فأخذ كل واحدٍ منهم بعض حقهِ فللسيدِ والمجني عليهِ تعجيزه إياه لا يفيده شيئاً ويستضر به لأنه ما دامَ مكاتباً يكتسبُ يطالبه بما بقي من حقه فإذا صار عبداً فماله في ذمته يطالبه إذا عتق، فإن أنظره السيد والمجني عليه ترك على الكتابة، فإن رجعا فيهِ وأراد تعجيزه كان لهما لأن الإنظار في الدين الحالِ لا يلزم

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩٦).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٩٦).

عند الشافعي خلافاً لأبي حنيفة والمستحب أن لا يرجعا عن ذلكَ، وإذا عجزه السيدُ والمجني عليه، أو **أحدهما** عاد ملكاً للسيدِ. قال الشافعيُّ[1]: «ثمَّ خير الحَاكِم سَيِّده بَيْن أَن يفْدِيه بالأَقَل مِن أرش الجِنَايَة، أو يُبَاع [فِيهَا] فيعطى أهل الجنايةِ حقوقهم دونَ من دَايَنَه» لأن ذلك في ذمته متى عتق اتبع به، فأوجب الشافعي تسليم العبد، أو أقل الأمرين من الأرش أو يسلمه للبيع، وقد ذكرنا ذلكَ.

وفَرَّعَ أبو العباس فقالَ: إذا مات المكاتب وفي يده مالٌ لا يفي بالحقوق فقد انفسخت الكتابة بالموت وسقط حق السيدِ من المالِ، وعاد رقبته إلى ملكه وحق المجني عليهِ من الأرش يسقط أيضاً لفوات الرقبةِ فيبقى دين المعاملةِ ويدفع ذلك من المال الذي في يده، فإن فضل شيءٌ كان للسيد لأنه كسب عبده فهذا كله إذا كان [١٣٥/ب] في يد المكاتب مالٌ، قالَ: فإن لم يكن في يده شيء بحالٍ فلا يخلو، إمَّا أن ينظره أصحاب الحقوق، أو لا ينظروه، فالحكم على ما ذكرنا وعند أبي حنيفة إذا عجزه السيد والمجني عليه يتعلق دين المعاملةِ بالرقبةِ كما قال في المأذون إذا ركبه الديون.

فَرْعٌ

قالَ بعض أصحابنا بخراسان: إذا حجر عليه بسبب الديون الحالةِ هل تحل الديون المؤجلةُ فيه طريقان: أحدهما: قولان كما قلنا في الحر المفلس والثاني: تحل قولاً واحداً بخلاف الحر لأن هناك اجتماع حجر ورق وللرق تأثير في إبطالِ الذمةِ بدليل أن الشافعي قال في الحربي: يسترق وعليهِ دين مؤجل يحلُّ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[2]: «وسَوَاءٌ كَانَتِ الجِنَايَاتُ مُتَفَرِّقةً أَوْ مَعاً، أو بعضَها قبلَ التعجيزِ، أو بعدَهُ يتحاصّونَ في ثمنِهِ معاً».

اعلم أنه إذا جنى المكاتب جنايات على جماعةٍ فلزمهُ بها أرش نظر، فإن كان في يده مال يفي بالأروش كلها دفع منه وبقي الحكم بينه وبين السيدِ، فإن أدى النجوم عتق وإن لم يؤد كان له استرقاقه، وإن لم يكن في يده واختاروا تعجيزه والبيع في حقوقهم، فإن كان ثمنه يفي بحقوقهم دفع إلى كل واحدٍ منهم قدر حقهِ وإن كان لا يفي قسط ثمنه على أروش الجنايات ودفع إلى كل واحدٍ منهم قدر ما يصيبه منه ولا فرق بين أن يكون جنى على جماعتهم دفعه، أو على بعض بعد البعض أو على بعضهم بعد التعجيز وعلى بعضهم قبل التعجيز، وهذا لأنها مزدحمةٌ على رقبته، فلا ترتيب فيها، فإن أبرأهُ بعضهم عما وجب له من الأرش رجع حقه إلى الباقين فيسقط عنهم ويتوفر ذلك على حقوقهم لأن المزاحمة قد سقطت، [١٣٦/أ] فإن اختار السيدُ أن يفديه ويبقيه على الكتابة فله ذلكَ على ما ذكرنا.

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩٦).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).

فإن قالَ السيد: ضمنت فداه لزمهُ الأقل، وإن قال: ضمنت أرش جنايته لزمه الأرش بالغاً ما بلغ.

ثم إنه بعد ما قال: اخترت الفداءَ، والبيع أو باعَهُ بإذن المجني عليهِ بشرط اختيار الفداءِ ونحو ذلكَ، وإنما شرطنا ذلك المجني عليهِ في البيع لأن قوله: اخترت الفداء لا يسقط حق المجني عليه من رقبةِ العبد ما لم يؤد المال.

فإن جنى هذا العبد بعد اختيار الفداءِ جناية أخرى فإن أدى السيد الفداء الأول خلص العبد للجناية الثانية، فيباع فيها، وإن احتيج إلى بيعه في الجناية الثانية قبل أن يؤدي السيد الفداء فللأول أن يقول: بيعوهُ في الجنايتين فيقسمان ثمنه على قدر حقيهما يصرف كل واحدٍ منهما في ثمنه بجميع أرش جنايته، ثم يكون للأول على السيدِ أن يتم له الأقل من قيمته أو أرش جنايته بحكم اختيار الفداء لأنه في القدر الذي هو النقص الداخل على المجني عليهِ الأول كأنه مات العبدِ بعد اختيار الفداءِ فيلزم السيّدُ الغرم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «وَلَو قَطَعَ يَدَ سَيِّدِهِ فَبرأَ وعتقَ بالأداءِ اتبعَهُ بأرشِ يدِهِ».

هذه المسألةُ مبنيّةٌ على مسألةٍ في الحر وهي إذا قطع حرٌ يدَ حرٍّ عمداً فلهُ القصاص قبل الاندمالِ، فإن عفا فهل له الدية قبل الاندمالِ قولان، فإذا ثبت هذا رجعنا إلى مسألتنا، فإذا قطع المكاتب يد سيده عمداً فقد وجب له القصاص، فإن اختار ذلكَ كانَ له استيفاءهُ في الحالِ، فإن عفى على مالٍ، أو كانت [١٣٦/ب] الجنايَةُ خَطأً، فوجب الأرشُ فهل له المطالبَةُ بالأرش في الحال أم ينتظر الاندمال فيه قولان، فإن قلنا: لهُ المطالبة في الحال نظرَ، فإن كان معهُ قدر الأرش دفعه إليهِ ثم إن كانَ معهُ وفاءٌ بمال الكتابةِ، وإلا كان له تعجيزه، فإن لم يكن معه قدر الأرش كان له تعجيزه للأرش، ولمال الكتابةِ، فإذا فعل ذلكَ عاد إلى ملكه وسقط عنه مال الكتابةِ وفائدة الفسخ عَود المكاتب رقيقاً قناً هكذا ذكره أصحابنا بالعراق، وقد ذكرنا قبل هذا أن السيد لا يعجزه من أجل الأرشِ، وهو اختيار القفال وهو القياس على ما ذكرنا، وإذا قلنا: ليس له المطالبة بالأرش قبل الاندمالِ وهو القول المشهور نظر فإن اندمل قبل أداءِ مال الكتابةِ والعتق، فله المطالبة بالأرش والحكم فيه كما ذكرنا إذا قلنا: له المطالبة بالأرش في الحال، وقدر الأرش معتبر بجناية المكاتب فيه قولان: أحدهما: أنه مقدر بأقل الأمرين من قيمة المكاتب، أو دية اليدِ، والثاني: أنه مقدر بدية اليدِ، وإن كان إضعاف قيمته، وإن اندمل بعد عتقه بأداءِ المال، فإنه يؤدي الأرش في حال الحرية، ومنصوص الشافعي: أنه يلزمه أرش اليد، وهو نصف الدية ومن أصحابنا من قال: هل يعتبر بها جنايةِ الحرام جناية المكاتب فيه وجهان: أحدهما: يعتبر بها جناية الحر اعتباراً بحالة استقرار الأرش بعد حرية المكاتب فيلزمهُ دية اليدِ، والثاني: يعتبر جناية المكاتب اعتباراً بوقت الجنايةِ لأنه جناها وهو مكاتب فيكون على قولين: على ما ذكرنا

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).

أحدهما: أنه يقدر بأقل الأرش، والثاني: أنه مقدر بدية اليدِ ما بلغت، [١٣٧/أ] وعرض الشافعي بهذه المسألة أن عتقه بأداءِ النجوم لا يسقط عنه أرش يده ولم يرد به أن السيدَ ممنوع من طلبِ أرش يده أيام كتابتهِ.

فَرْعٌ

لو أعتقه السيدُ بعد جنايته على يده، فإن كانت عمداً لم يسقط القصاص بعتقه وإن كان خطأٌ، فإن لم يكن بيده مال وقت عتقه بريء من أرش الجنايةِ بخلافِ عتقه بالأداءِ ولأن عتقه بالأداءِ كانَ من غير اختياره، فلم يتضمن الإبراء من الجنايةِ. قال صاحب «الإفصاح» قياساً على ما قال الشافعي: لو جنى المكاتب على غيره، ثم أعتقه سيده ضمن السيدُ أقل الأمرين من قيمته، أو الأرش، وإن كان بيده مال حين أعتقه السيد، فهل يتعلق أرش الجنايةِ بما في يده من المالِ فيه وجهان: أحدهما: لا يتعلق لأن الأصل في محل الأرش الرقبة والمال الذي في يده تابع لها، وقد أتلفَ الرقبة باختياره، فسقط حقه بذلك، والثاني: يتعلق بما في يده لأنه كانَ له الاستيفاءُ منه قبل العتق فكان الاستيفاءُ بعده منه لأن العتق ليس بإبراءِ فعلى هذا لا يبرأ من أرش الجنايةِ بالعتق ويستوفي بما في يده، وقال في «الحاوي»[١]: فإن عجز المال عنه نظر فإن علم السيد بعجز المال بريء من الباقي، وإن لم يعلم بعجز المال لم يبرأ من الباقي ويؤخذ به بعد العتق، ثم إذا طالبه بالأرش بعد العتق لا تتحمل عاقلته، وإن كانت الجناية خطأٌ لأنه جنى في الرق ولا عاقلة لهُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٢]: «وأيُّ المُكَاتبينِ جَنَى وكتابتهُم واحدةٌ لزمَتهُ دونَ أصْحَابِهِ».

يعني إذا كاتب عبيداً في عقدٍ واحدٍ، وقلنا: يصح فكل واحدٍ منهم يكون مكاتباً بما يخصه [١٣٧/ب] من العوض، ولا يتحملُ بعضهم ما يلزم البعض، وقال بعض السلفِ: هم كالعبدِ الواحدِ ويلزم بعضهم جناية بعضٍ، وحكي هذا عن مالكٍ لأن الأرش في مال الكتابةِ لا في الرقبة وما لم يؤد جميع النجوم لا يحصل العتق لواحدٍ منهم عنده، وهذا غلط لأن ضمان الجنايةِ لا يصح بدليل أنه لو تعاقد رجلان على أن يضمن كل واحد منهما ما يجنيه الآخر لا يجوز فلا يتضمنه عقد الكتابةِ كضمان القصاص.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٣]: «ولو كانَ هذا الجانيْ ولدُ المكاتبِ وهبَ لهُ أَو وُلِدَ لهُ مِن أمتهِ».

الفَصْلُ

قد ذكرنا أنه إذا جنى ولده أو والده في ملكه لا يجوز لهُ الفداءُ، بل يباع في الجناية فإن بيع في الجنايةِ ثم أبرىء المجني عليهِ من الأرش قبل القبض فكذلكَ الثمن يبقى للمكاتب، وإن كانَ هذا ولد المكاتبة وهب لها فقبلته فكذلكَ، وإن كانت ولدته في

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٧٣).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).

الكتابة، ففي ثمنه القولان، كما في قيمته لو قتل أحدهما: هو للسيد، والثاني: أنه للأم.

وقوله: ههنا لأني لا أجعل له بيعهم أرادَ بالبيع الشراء أي: لا يجوز للمكاتب أن يشتريهم فلا يجوز له أن يفديهم، وإن كان أرش الجنايةِ أقل من قيمته بيع منه بقدر الجنايةِ كما لا يباع من العبدِ القن إلا بقدرِ الجناية وما بقي بحالهِ يعني من هؤلاءِ يعتقون بعتق المُكاتب، أو المكاتبة.

مَسْأَلَةٌ: «قالَ[1]: وإنْ جنى بعضُ عبيدِ المكاتبِ على بعضٍ عمداً فلهُ القَصَاصُ».

الفَصْلُ

يعني: أن المكاتب إذا كان له عبيدٌ [١٣٨/أ] فجنى بعضهم على بعضٍ نظر في الجنايةِ، فإن كانت موجبةً للمالِ كانت هدراً، وإن كانت موجبةً للقصاصِ فله أن يقتص من الجاني لأنه يتعلق بمصلحة ملكهِ فإن في القصاص حياة كما قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل له الاقتصاصُ دون إذن السيّدِ فيه قولان، وهذا غريبٌ ثم ينظر، فإن اقتص جاز، وإن عفا سقط القصاصُ ولا مالَ له بحالٍ، وقال أبو حنيفة: لا يلزم القصاصُ كما قلنا في الحر يقتل بعض عبيد بعضاً لا قصاصَ عنده.

ثم قال الشافعي[2]: «إلا أن يكونَ والداً يعني والد المكاتب إذا جنى على عبدِ المكاتب، فلا يُقْتل والده بِعَبْدِه» لأنه لا يقتل به فلأن لا يقتل بعبده أولى.

ولو كان له ابن مملوكٌ فقتل عبداً له كانَ له قتله لأن الابن يقتل بالأبِ فجاز له أن يقتله بعبد نفسهِ إذا كانا مملوكين.

وأمَّا إذا كان أحد عبيده والداً للآخر فقتله لم يقتل به وكان هدراً.

ولو عجز المكاتب قبل العفو فللسيد القصاص ممن كان يقتص المكاتب، ولا يجوز أن يقتص ممن لم يكن للمكاتب أن يقتصّ منه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[3]: «ولو أعتقهُ السيدُ بغيرِ أداءٍ ضمنَ الأقلَ مِن قيمتِهِ أَو الجنايةِ».

اعلم أنه إذا كاتب عبده ثم جنى المكاتب جنايةً خطأً، أو جناية عمدٍ وعفى عن القصاص فالأرش يتعلق برقبتهِ لأنه بمنزلة العبدِ القن في الجنايةِ، فإن كانَ في يده مالٌ جاز أن يدفع منه الأرش، وقال أبو حنيفة: لا يدفع إلا مما يكتسبُ من بعد الجنايةِ، [١٣٨/ب] فإن أعتقهُ السيدُ نفذ ولزِمَهُ ضمان الجنايةِ لأنه أتلف محل الأرش، ومنع بيعه فهو كما لو قتل العبد الجاني على ما ذكرنا، ولو لم يعتقه السيّدُ ولكنه عتق بالأداءِ فالضمان على المكاتب فعليهِ الأقل من قيمة نفسه أو الأرش كما كان ذلكَ على سيد إذا أنشأ إعتاقه وعلل الشافعي في هذه المسألةِ، فقال[4]: «لأنَّهُ لَم يعجز»، معناهُ لم يعجز

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٩٧).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).
(٤) انظر الأم (٧/ ٣٩٦).

حين بيع رقبته في جنايته، ولكنه عتق بالأداءِ فطالبناهُ في زمانِ حريتهِ بجنايتهِ في زمان كتابتهِ وفي الحقيقة هو المانعُ من بيع رقبة نفسهِ وهو المتلفُ على الجاني دون السيّد.

فإن قيل: أليسَ قد قبض المال والعتق حصل بالقبضِ بعد الأداءِ فلم جعلتموه متلفاً دون السيدِ قيلَ: جنية المكاتب أقوى لأن السيد يجبر على القبضِ إذا طالبَ المكاتب بهِ وهو لا يجبَرُ على أداءِ المالِ وإن عجز المكاتب عن الأداءِ ورق فهل يعتبر جنايتهُ بابتدائها في حال كتابتهِ أو تعتبر بانتهائها بعدَ رقهِ وجهان: أحدهما: يعتبر بابتدائها في الكتابةِ فعلى هذا يفديه السيدُ بأقل الأمرين من قيمتهِ، أو أرش الجنايةِ، والثاني: يعتبر بانتهائها في حالِ رقه، فعلى هذا قولان: أحدهما، يفديه بأقل الأمرين، والثاني، يفديه بكل الأرش، وإن كانَ أضعاف قيمتهِ إلا أن يمكن من بيعه فلا يلزم أكثر من قيمته.

فَرْعٌ

لو جنى المكاتبُ على سيده خطأ، وقلنا: لا يستحق الأرش قبل الاندمالِ في قولٍ وكان المكاتب أدى شيئاً من النجوم فتراضيا على أن يكونَ الباقي محسوباً من أرشِ الجنايةِ ففي جوازهِ قولان بناءً على [١٣٩/أ] القولين في تعجيل الدين المؤجل والأصحُّ ههنا المنعُ لأنه مع تأجيله مجهول القدرِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولو كانَ جنى جنايةً أُخرى».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا جنى المكاتب جنايات فتعلق أرشها برقبتهِ ثم أعتقه السيدُ فلزمهُ ضمان تلك الجنايات، أو أدى المال فعتقٌ فلزمهُ ضمانها كم القدر الذي لم يضمن قولان: أحدهما: يضمن أقل الأمرين من أرش كل جنايةٍ، أو القيمة لأن المنع مِنَ البيع حصل في كل جنايةٍ بالعتق فيلزم أقل الأمرين، لكل جنايةٍ كما لو جنى عبده ففداه ثم جنى ثانياً يلزمه ثانياً، والثاني: وهو الأصح يلزمهُ الأقل من أرش الجناياتِ كلها أو القيمة لأن الأروش كلها تعلقت برقبته، والمنع من الإعتاق حصل دفعةً واحدةً فكانَ عليه الأقل من الأروشِ كلها، أو القيمةِ، كما لو جنى عبده جنايات كثيرة ثم أعتقه السيّدُ يلزمه مثل ذلكَ. وهذا اختيار المزني، واحتج المزنيُّ بأنه لو عجز وعاد رقيقاً بيع وتحاصّوا في ثمنه كذلكَ ههنا، فإن قيل: إذا عادَ رقيقاً يمكن أن يُباعَ في حقوقهم فاشتركوا وههنا المنع حصل من السيد، أو المكاتب بالعتق في كل واحدٍ منهم قلنا: المنع كانَ مما استحقوهُ والذي استحقوهُ المشاركة في الرقبةِ وبقي ذلكَ بعد العتق في قدر قيمته وهذان القولان كالقولين في جنايات أم الولدِ.

فَرْعٌ

هذه المسألةِ إذا جنى المكاتب جنايات خطأ فعجزه السيد وردهُ إلى الرق فهو بمنزلة

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).

العبدِ القن، فالسيدُ بالخيار بين التسليم للبيع وبين الفداءِ، فإن اختارَ الفداءَ [١٣٩/ب] فقد ذكرنا بكم يفدي فإن جنى جناياتٍ، وهو مكاتب فاختار الفداءَ ظاهرُ ما ذكره الشافعيُّ: أنه يفدي نفسه بأقل الأمرين من أرش كل جنايتهِ، أو القيمة، واختلفَ أصحابنا فيه فمنهم من قالَ: هذه المسألة كالمسألةِ المتقدمة فيه قولان: لأنه ما دامَ على الكتابةِ فبيعه ممنوعٌ فهو كما لو امتنع بيعهُ بالعتق، قال أبو إسحاق: ولا يعرفُ الشافعي إلا أنه قالَ: يفدي نفسَهُ بأقل الأمرين وهذا النصّ على ما ذكرنا غير صحيح ومن أصحابنا من قالَ: يفديهُ بأقل الأمرين من أرش كل جنايةٍ، أو القيمةِ على ما نص عليهِ الشافعيُّ، وحكاهُ أبو حامدٍ، والفرقُ أن هناك أتلفَ محل الأرش بالإعتاق، وههنا الرقبة باقيةٌ يمكن بيعها في الجنايةِ فوجبَ ضمان كل جناية على الانفراد كالعبدِ القن سواءً وهذا الفَرقُ باطلٌ بما لو عجز المكاتب ففسخ السيدُ الكتابة واختار الفداءَ، فإنه مانع من البيع مع بقاء الرقبةِ، ولا يضمن لكل واحدٍ أقل الأمرين في أحد القولين، قال المزنيُّ: قد قطع في هذا الباب بأن الجنايات متفرقة أو معاً سواءً، وهو بالحق عندي أولى، يقال له: إنما قالَ ذلكَ في حال التعجيز ومسألتنا هذه في حالة عدمِ العجز فكيف يتشابهان؟.

فَرْعٌ آخرُ

لو أقرّ المكاتبُ بما يوجبُ القصاص يقبل وإن أقرّ بما يوجب المال يقبل أيضاً، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهٌ آخرٌ لا يقبل كالعبدِ القنِّ، وهو خلاف النص، فإذا قلنا: يقبل فأقرّ بجناية أرشها ألفٌ، وقبلنا فعجز بعد ذلكَ، وعاد رقيقاً فادعى المولى أن الأرش كانَ خمسمائةِ، ففيه قولان: أحدُهما: [١٤٠/أ] لا يقبَلُ من السيدِ لأنا قبلنا إقرار المكاتب، والثاني: يقبل منه كما لو أقرّ الآن بعد العجز لا يقبل على السيّدِ ويقبَل تكذيبُهُ ذكرهُ القفالُ.

مَسْألَةٌ: قالَ[1]: «فإنْ جَنَى عَلَى المُكَاتبِ عبدَهُ».

الفَصْلُ

إذا جنى عبد المكاتب على المكاتب جناية خطأ أو جناية عمدٍ وعفا عن القصاص كانت هدراً على ما ذكرنا ولا يجب على العبدِ الأرش لأن العبد ملكه، قالَ: وإن كانَ هذا العبدُ ابنه من أمتهِ من أصحابنا من قالَ: يكون أيضاً هدراً وهو اختيارُ أبي حامدٍ. وقال القاضي الطبري: نص عليهِ في «الأم»: وهذا مملوكه كغيره، وقال صَاحب «الإفصاح»: من أصحابنا من قال: يجوز له أن يبيع منه بمقدارِ الأرشِ لأنه لا يملكُ بيعهُ من غير حاجةٍ، فيستفيد بالجنايةِ جواز البيع وهذا لا يصحُّ لأنه لو جاز هذا لجاز إذا جنى عبده المرهون عليهِ أن يستفيد به بيعُه وفائه من الرهنِ ولا يختلف المذهبُ فيهِ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).

أن جنايته هناكَ هدرٌ ولا يستفيد بيعه، وإخراجه من الرّهن، ويمكن أن يجابَ بأن الراهن لا يستفيد شيئاً ببيعهِ لأنه يحتاج أن يقضي الدين بثمنه أو يجعله رهناً مكانه، وههنا يستفيد حصول أرش الجنايةِ له، وقيل ما ذكره أبو علي صاحب «الإفصاح» نصّ عليهِ في «الكبير» وفيه نظرٌ.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: فإن ملكَ المكاتب أباه وأمهُ فجنى عليهما جناية فيها قصاصٌ فلهما القصاص، فإن اختارا المال لم يكن لهما ذلكَ، وكذلكَ إن كانت الجناية خطأً لم يكن لهما شيءٌ لأنهما غير خارجين من ملكه وقالَ القاضي الطبري: أوجبَ الشافعي القصاص على المكاتب لمملوكه [١٤٠/ب] لوجود التكافيء بينهما، ولم يجعل الملك شبهةً. قُلتُ: سألتُ كبار أصحابنا عن المكاتب إذا قتل عبدهُ هل يلزمه القصاص، فلم يقطعوا بجواب حتى رأيتُ هذا عن القاضي الطبري فذهبتُ إلى وجوب القصاصِ لأنهما مملوكان للسيدِ وقد وجد التكافيء بينهما، ثم رأيت أصول الشافعي دالة على أن لا قصاص عليهِ وهو المذهبُ لشبهة الملكِ ونصّه في هذا الموضع من أجلِ أنه لا يجوز له بيع أبيه ولا أمهِ فجري منه في الجناية مجرى الأحرار دون العبيد، وثبت القصاصُ بينهما. قالَ أصحابنا: ولا نعرف للشافعي مسألةٌ يقتصّ من المالكِ للمملوك إلا هذه المسألة الواحدة، وقال في «الحاوي»(١): لو جنى المكاتب على ولده في ملكه فلا قصاصَ لأنه لا يقتل والد بولدٍ وإن كانت على والده، ففيه وجهان: أحدهما: لا قصاصَ أيضاً لأنه عبده والمولى لا يقتصّ بعبدهِ، والثاني: وقد أوميء إليه الشافعي في بعض كتبه أنه يقتص منه لما ذكرنا من العلّةِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «وللمكاتبِ أنْ يؤدب [رقِيقَه] ولا يحدهُمْ».

إذا كانَ للمكاتب عبيد ففعل بعضهم ما يستحق التعزير فله أن يعزره لأنه مملوكٌ لهُ فيه مصلحتهُ ولو فعل ما يوجبُ الحد لا يملكُ هو إقامةُ الحدِّ لأن طريق إقامةِ الحدِّ الولايةِ وليسَ هو من أهل الولاية، وذكر القفالُ وجهاً عن أصحابنا: أنه يحدّ لأن إقامتهُ لاستصلاح الملكِ وهذا خلافُ النصّ.

بَابُ مَا جُني على المكاتَبِ

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٣): «وأرشُ ما جنيَ على المكاتبِ لَهُ [١٤١/أ].

هذا يَدلُّ على أنه لا يملكُ كسبَهُ وأرش ما يجني عليهِ، وإن كان لا يتصرف فيه تصرفاً مطلقاً، وقال مالكٌ: أرش ما جنى على المكاتب لسيده لأنه ليسَ من كسبهِ وهو قيمة ملك مستهلكٍ، وَهذا غلطٌ لأن المكاتب خارج عن حكم ملكهِ، ولهذا مهر المكاتبة لها، فأرش الجنايةِ أولى، فإذا تقرّر هذا، نقول: إذا جنى على المكاتب لا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٧٧، ٢٧٨).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٣). (٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).

يخلو إمّا أن يجني على نفسِهِ أو على طرفه فإن كانت على نفسِهِ فقتل انفسخت الكتابة سواءٌ قتله أجنبي أو سيده، كما لو مات، ثم ينظر، فإن كان القاتل أجنبياً فعليهِ القيمةُ للسيدِ والكفارة للّهِ تعالى وإن كانَ الجاني سيده فلا قود عليهِ لأنه عادَ إلى ملكه بانفساخ الكتابةِ، ولكن تجب الكفارةُ وقوله: «ولو قتله السَّيدُ لَم يَكُن عَلَيه شيءٌ» يعني سوى الكفارة من القيمةِ وغيرها ويعزره السلطان، وأمّا ما في يده من الكسبِ فإنه للسيدِ في الموضعين، فإن قيل: ورثتم القاتل في هذه المسألةِ، قيل: هذا ليس بميراثٍ، وإنما يأخذه السيدُ بالملكِ لبُطلانِ كتابتهِ ونظيره أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت لأن الحريّة ليست بموروثة، وكذلك من له دين مؤجلٌ فقتل من عليهِ الدين حلّ وسقط الأجلُ.

وإن جني على طرفهِ فإن كان الجاني سيده فلا قصاصَ لأنه ملكه، وإن كانَ ضعيفاً، ولكن يلزمه الأرشُ، وإن كان الجاني أجنبياً، فإن كانَ حراً لا قصاصَ، وإن كانَ عبداً يلزم القصاص، وإذا وجب الأرش يكون للمكاتب لأنه من جملة الكسبِ، وهل له أن يطالب به قبل اندمال الجراح؟ فيه قولان: فإذا قلنا: لا يطالبُ نظر فإن سرَتِ الجنايةُ إلى نفسهِ انفسخت الكتابةُ، ويعود إلى ملكِ السيّدِ وما في يده من المالِ، [١٤١/ب] ثم ينظر في الجاني فإن كانَ أجنبياً لزمَهُ قيمة العبدِ للسيد والكفارة للّهِ تعالى، وإن كان السيدُ فلا قيمةَ عليهِ وتلزمهُ الكفارة، وإن اندمل الجرح فله المطالبَةُ بإرشه. وفرضَ الشافعي المسألةَ فيه إذا كان قد قطع يدَهُ، فوجب نصف قيمته، فإن كانَ الجاني أجنبياً، فالمكاتب يأخذ منه الأرش ويتصرف فيه ويؤديه في مال الكتابة، وإن كان الجاني سيدهِ فإنه يستحق عليهِ أرشَ الطرفِ، والسيدُ يستحق عليه مال الكتابةِ ويجب الأرشُ من غالب نقد البلد لأنه بدلٌ عن متلفٍ، ثم ينظر فإن كانَ أحد الحقين من غير جنس الآخرِ لم يتقاصّا بل يُطالب كل واحدٍ منهما صَاحبه بحقه فيستوفيه، وإن كانَ من جنس الآخرِ نظر، فإن كانَ قد حلّ مالٌ فقد تساويا في الحلولِ والجنسِ، فهل يصير قصاصاً؟ فيه أقوالٌ، وأجابَ الشافعي[١] ههنا إن طلبَ العبد يكفي لهذه المقاصّة، فإن قلنا: لا يصير قصاصاً استوفى كل واحدٍ منهما ما على صَاحبه من الحقِ، وإن قلنا: يصير قصاصاً، فإن تساوى الحقانِ برئت ذمة كل واحدٍ منهما مما عليهِ وعتق، وإن كانَ الأرش أكثر من مال الكتابةِ برئت ذمة المكاتب من مال الكتابةِ، وعتق ويكون له مطالبة السيدِ بفاضل الأرش، وإن كان مال الكتابةِ أكثر برئت ذمة المكاتب من قدر الأرش ويبقى الباقي فإن أدى وإلا فللسيدِ تعجيزه، وإن لم يكن حل على المكاتب مالُ الكتابةِ لا يجبَرُ على المقَاصّةِ إلا أن يختارَ ذلكَ فيصير كما لو عجل مالَ الكتابةِ، وإذا قلنا: له المطالبَةُ بالأرشِ قبل الاندمال فالحكم فيه كما لو اندمل وطالبه بالأرش على ما ذكرنا في المقاصّةِ وغيرها إلا أنه ينظر في الأرش، فإن كانَ مثل دية حُرٍّ أو أقل منها [١٤٢/أ] كانَ لهُ المطالبَةُ بجميعهِ، وإن كانَ أكثر لم يكن له أن يأخذ أكثر من الديةِ لأنه ربما

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩٨).

تسري الجنايةُ إلى نفسهِ، فيعود الواجب إلى قدر الدية.

فإذا أخذ المكاتب من السيدِ الأرش وأدّاه وعتق، أو تقاصّا وعتق لم يحل، إمّا أن تندملَ الجناية أو تسري إلى النفسِ، فإن اندملت استقر حكم ما أخذه من الأرشِ إلا أن يكونَ الأرشُ زائداً على قدر الدية، فيكون للمكاتب أن يرجعَ عليه فيطالبهُ بتمامهِ وإن سرت الجناية إلى نفسهِ، فقد ماتَ حراً وصَار الواجبُ فيه الدية، فإن كانَ أخذه من السيدِ قدر الدية فقد استوفى حقه، وإن كانَ أقل وجبَ للسيدِ تمامُهُ، ويكون الفضل موروثاً عن المكاتب لأنه مات حراً، فإن كان له مناسبٌ استحقَ ذلك، وإن لم يكن له مناسب نقل إلى بيت المالِ، ولا يرث السيد شيئاً لأنه قاتل، وقول الشافعي ههنا: «فإن كَانَت الجِنَايَة غَير حَالةٍ كَان لَه تَعْجِيل الأَرش» يعني: إذَا كانت النجوم غير حالةٍ كان للمكاتب استعجال الأرش فعبّر عن الاستعجال بالتعجيل، وإن ماتَ هذا المكاتب قبل قبض الأرش سقط الأرش عن السيدِ لأنه صَار مالاً، وقال القفال: قال أصحابنا: لهُ استيفاءُ الأرشِ في الحَالِ ههنا قبل الاندمال كما نَصَّ ههُنا، وأن في غيره قولان، والفَرقُ أن المكاتب لو لم يفعلِ ذلكَ، وقلنا: اصبر فصبر ربما يموت، وَهو رقيقٌ، فبطل حكم الجنايةِ، ويصير هدراً ولا يؤمرُ أحدٌ بتأخير حقهِ إلى أن يصير هدراً، بل يستقر وجوب دية النفس، فافترقا، [١٤٢/ب] وقال أبو حنيفة رحمهُ اللّه: إذا قتل السيد مكاتبه وكانَ في الأرش وفاءٌ بالنجوم وزيادة حكم بأنه مات حُراً، وأخذ من السيّدِ باقي قيمته، ولاَ تجبُ الدية، وفي هذا مناقضَةٌ لأنه لو ماتَ حُراً لوجبت الدية دُونَ القيمةِ.

بَابُ الجنايةِ على المكاتب ورقيقه عمداً

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: «وإذَا جَنَى عبدٌ على المكاتبِ عَمْدًا».

الفَصْلَ

إذا كاتبَ عبدَهُ كتابةً صحيحة ثم جنى عبد السيد عليهِ، فقطعَ طرفاً من أطرافهِ يجبُ القصاصُ، فإن أرادَ المكاتب أن يقتصّ ومنعه السيّدُ، وأرادَ إجبارَهُ على العَفْوِ على المال فلهُ القصاصُ، وليس لهُ الإجبار لأن السيد ممنوع من مالهِ وبدنه، وذكر الربيع هذه المسألة في «الأم»[٢]، كما حكاها المزني، ثم قال: وفيه قولٌ أخرٌ: أنه ليس له أخذَ القصاصِ لأنه قد يعجز فيعود مقطع اليدِ إليهِ، وقال أبو إسحاق: هذا الذي قاله الربيع يُشبهُ أن يكونَ شيئاً قاله على مذهب الشافعي برأيه غير محفوظٍ عنه، ولا نعلم قول الشافعي، اختلف في ذلكَ، قالَ: ولو منع المكاتب من أجلِ ذلكَ لمنع الورثة من أجل الغرماءِ والموصَى لَهُ، ولمنع المحجور عليهِ بالفلسِ من أجل الغرماءِ، ولمنع المريض للغرماءِ والورثة لأنهم ممنوعون من إتلافِ المالِ، وإن أرادَ العفوَ على مالٍ فله

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٩٨).

ذلكَ، لأنهُ زيادة في مالهِ وليس للسيّدِ منعه منه، وإن قالَ: عفوت عن القصاصِ مطلقاً، فهو على القولين، فإن قلنا: موجب العمد القصاص فحسب لم يجب المال [١٤٣/أ] لأن وجوبَ المالِ على هذا القولِ يفتقر إلى اختيار الدية، ولم يوجد ذلكَ، وإن قلنا: موجبه أحد الأمرين يتعين الدية بالعفوِ، ولا يصح الإبراءُ عنها، ولو قالَ: عفوت على غير مالٍ فهو كما لو عفا مطلقاً، فإن قلنا: الواجبُ القصاصُ فقط لا تجبُ الدية إلا باختيارهِ ولم يُوجد الاختيار، وإن قلنا: يجب أحد الأمرين، فعلى هذا إذا قالَ: عفوتُ عن القودِ وجبت الدية، فإذا قالَ: على غير مالٍ فهو إبراءٌ، والمكاتب لا يملك الإبراءَ عن المالِ فتجب الديةَ ولا تسقط بعفوهِ وهكذا إذا قالَ: عفوت عن القصاصِ على نصف الأرش، فإن قلنا: الواجب القصاصُ فقط يجب، ويسقط الباقي، وإن قلنا: أحد الأمرين فقط وجب الأرش بقوله: عفوت، وقوله: على نصف الأرش إبراءٌ عن النصف الآخر، فلا يصح، وهذا كله مثل ما قلنا في المحجور عليهِ. ثم قال الشافعي[١] رضي الله عنه: «لَو عَفَا عَن القَصَاصِ والأَرش معاً ثُمَّ عتق كَانَ لَهُ أَخذ المَال» لأن ذلكَ العفو كانَ في حالةِ الحجر، وهذا على الصحيح من المذهب ولا قود لهُ لأنه قد عفا، ويملك العفوَ ولكن لا يملك إتلاف المالِ، ولو كان هذا العَفو عن القصاصِ والأرش بإذن السيد جاز، وهذا على أحد القولين في التبرعات، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيهِ قولٌ آخر: أن عفوه عن الأرشِ موقوفٌ بعدما قلنا: لا يصح في الحالِ، فإن عتق نفذ ذلكَ العفو كالقولين في المحجور عليهِ بالفلسِ إذا تصرّفَ.

فَرْعٌ

قال في «الأم»[٢]: ولو جنى على المكاتب جنايةً فيها قصاصٌ فبرأ منها، [١٤٣/ب] وأخذ نصف أرشها ثم مات أخذ المولى النصف الباقي كما لو وضعَ عن إنسانٍ دَيناً عليهِ، ثم ماتَ قبل أن يعتق كان لمولاهُ أخذ ذلكَ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[٣]: ولو حرق السيدُ للمكاتب مائة صاع حنطة مثل حنطته التي له على المكاتب كان قصاصاً، فإن كان الذي أحرقه خيراً من حنطته لم يصر قصاصاً حتى يرضى صَاحبه، فجعل الشافعي الجنس الواحد إذا كانَ **أحدهما** أجود من الآخر قصاصاً برضى صَاحب الجيدِ، وقال في جنسين مختلفين لا يصير قصاصاً، وإن رضيا حتى يقبض **أحدهما** ماله ثم يرده إليهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»[٤]: فإن كانَ ما على المكاتب حالاً من آخر نجومهِ فوجب على السيدِ

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٩٨).
(٢) انظر الأم (٧/ ٣٩٩).
(٣) انظر الأم (٧/ ٤٠٠).
(٤) انظر الأم (٧/ ٣٩٩).

مثله، ثم عادَ السيد فجنى على المكاتب جنايةً كانت الجنايةُ جناية على حُرٍّ، فإن كانَ في مثلها القصاصُ اقتص من السيدِ، فإن قالَ: لم أعلم أنه عتق لما صار للمكاتب علي مثل الذي بقي له من كتابتِهِ لم يقبل منهُ كما لو قتل رجلاً كانَ عبداً، فعتق ثم قالَ: لم أعلم بعتقه، قال الربيعُ: وفيه قولٌ آخرُ أنه يؤخذ منه ديةَ حرٍّ، ولا قود للشبهةِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»(١): وإن عتق المكاتب، واختلفَ هو والجاني، فقال المكاتب: كانت الجنايةِ وأنا حرٌ، وقال الجاني: بل كنتَ عبداً مكاتباً وقت الجنايةِ، فالقولُ قولُ الجاني، وعلى المكاتب البيّنة سواءٌ صدقه في ذلكَ مولى المكاتب أو كذبه، فإن قطع مولاه الشهادة بأن الجنايةِ كانت على حُرٍّ قبلت الشهادةُ، لأنه لا يجر بها إلى نفسهِ شيئاً، [١٤٤/أ] وَكلّفته شَاهداً آخرَ، فإذا أتى بهِ قضيتُ له بجنايةِ حُرٍّ.

بَابِ إعتاق السيد المكاتب في المرضِ وغيرهِ

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «وإذا وضعَ السيدُ عنِ المكاتبِ أو أعْتَقَهُ كتابَتهُ في المرضِ».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتب عبده في صحتِهِ كتابةً صحيحةً ثم مرض السيدُ فأعتق المكاتب أو أبرأه عن مال الكتابةِ، أو قالَ: وضعتُ عنكَ مال كتابتكَ، فالحكم في الجميع واحدٌ، فإن برىء من مرضهِ لزمهُ ذلكَ من رأس المالِ، فيعتق المكاتب وتبرأ ذمته مما عليهِ كما لو وهبَ في مرضهِ، ثم برىء، وإن مات اعتبر ذلكِ في حقِّ ورثته من الثلث لأنه وصيّةٌ فاعتبر خروجها من الثلث ثم ينظر في قيمةِ العبدِ، وفي قدر المالِ الذي كاتبه عليه، فإن كانَ كل واحدٍ منهما يخرج من الثلثِ إذا اعتبر على الانفرادِ بأن كانت قيمته مائة والمال مائة وخمسونَ والثلثَ أكثر من مائةٍ وخمسين يحكم بعتق العبدِ وتبرأ ذمته من مال الكتابةِ لأنه أيهما اعتبر خرج من الثلث، وإن كان أحد الأمرين يخرج من الثلث والآخر لا يخرج فإنه يعتبر أقلهما، فيعتق بهِ ويلغى حكم الآخر، فإن كانَ المالُ الذي كوتبَ عليهِ مائةً وقيمته مائة وخمسون وثلثه مائة اعتبر المال الذي كاتبه عليهِ فيخرج من الثلث ويعتق، ولا تعتبر قيمته لأن السيدَ إنما يملك في ذمةِ مكاتبِهِ المال الذي عليهِ ولا حق لهُ في الرقبة، فهو إنما أوصى بالمالِ الذي له فحسب فلم يعتبر حكم غيره، وإن كانَ المال الذي عليهِ مائة وخمسون وقيمته مائة وثلثه مائة يعتبر خروج [١٤٤/ب] قيمته، فيعتق ويلغي حكم المال لأن المكاتب له أن يعجز نفسَهُ متى شاءَ، فليس ملكِ السيدِ على المالِ الذي عليهِ مستقراً وإنما في الرقبة مستقر فاعتبرت قيمتها، وطرح حكم المال، وإن كانَ كل واحدٍ من قيمةِ المكاتب والمال الذي عليه لا يخرج من الثلث بأن كانت قيمته مائة وخمسون والمال مائة والثلث خمسون فإنه يعتبر أقلها فتنفذ الوصية فيهِ

(١) انظر الأم (٧/ ٤٠٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٣).

لأن في ذلكَ مصلحةً للعبد وحظاً له، والمطلوب بالكتابة حظه فتنفذ الوصية فيما يحتمله الثلث منه، وهو قدر نصفه ويبقى النصف، فإن أدّى إلى الورثةِ عتق، وإن كانَ لهم استرقاقه وإنما اعتبرنا الأقل منهما لأنه لو اعتبر كل واحد منهما بكمالهِ كان الاعتبار بخروج أقلهما من الثلث، كذلكَ إذا اعتبر خروج البعض منهما وجبَ أن يعتبر الأقل، وإنما سوّى الشافعي بين أن يقول المريض لمكاتبهِ: أعتقتك، أو أبرأتكَ مما عليكَ، لأن العتق إبراءٌ مما عليهِ، فإن قيل: أليس قلتم لو أدّى بعض ما عليهِ لسيده لم يعتق منه شيء حتى يكمل الأداءِ فلم أعتقتم ههنا بعضَهُ، وقد بقي عليهِ بعض مال الكتابةِ قيل: المكاتب إذا أدّى إلى سيده بعض مالِ الكتابةِ، فلم يحصل الصفة ولا حصل الاستيفاء بحق المعاوضةِ، فلم يستفد بذلكَ عتقاً وههنا إنما حكمنا بالعتق في حقهِ لبرأته من مال الكتابةِ، وإنما رددنا العتق في بعضهِ لحق الورثةِ، فافترقا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(١)]: «ولو أوْصَى بعتقهِ عتقَ بالأَقَلِ مِنْ قِيمتِهِ أَو بمَا بَقِيَ عليهِ».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتب عبداً في صحته ثم أوصى بعتقه، أو أوصى بأن يبرأ من مال الكتابةِ، أو يوضع مال الكتابة عنه، [١٤٥/أ] فمات نُظر، فإن كانَ الثلث يحتمل قدر قيمتهِ ويحتملِ المال الذي عليهِ وجب على الورثةِ تنفيذ الوصيةِ، وإن كانَ الثلث يحتمل **أحدهما** دونَ الآخرِ اعتبر الأقل منهما ويعتق ويلغى حكم الآخر، وإن كان الثلث لا يحتمل واحداً منهما اعتبر الأقل منهما فتنفذ الوصيةُ فيما يحتمله الثلث منه كما قلنا في المسألةِ قبلها إلا أن في تلك المسألةِ إذا احتمل الثلث أخذنا حكم بنفوذ الوصيةِ بفعل الموصي، وفي هذا الموضع لا بدّ من أن ينفذ الورثة ذلكَ، فإذا ثُبتَ هذا فإنه إذا احتمل الثلث ثلث المال الذي عليهِ، فإن ذمتهُ تبرأ من ذلكَ القدر، ويبقى ثلثا المالِ ثم لا يخلو. إمّا أن يكونَ قد حلّ عليه مال الكتابةِ فظاهرُ ما ذكره الشافعيُّ: أن العتق يتنجز للمكاتب في ثلثهِ وتبقى الكتابة في ثلثيه إلى وقت حلول المال عليهِ، وبه قال أبو إسحاق، قال: ومثل هذا أن يكونَ له على رجلٍ ألف درهم إلى سنةٍ فأبرأه من مرضهِ ولم يخلف غيره يبرأ في الحالِ من ثلثهِ ولا يجوز أن يقالَ: لا يبرأ حتى يحل الدين عليهِ ولا أن يعجل الدين قبل محلهِ واجبٌ عليهِ، وإنما الموضع الذي لا يجوز أن يحصل للموصى له شيءٌ حتى يحصل للورثة مثلاه هُو أن يخلف مالاً غائباً، أو ديناً على غير الموصى له، ومالاً حاضراً، ولا يجوز أن يأخذ واحد إلا بالقسط لأن الغرر فيما أوصى للموصى له كالغرر فيما خلفه على الورثة، فعلى الجميع أن يصبروا وههنا لا ضرر على الورثة لأنه إن أدّى، وإلا عاد الباقي إلى الورثةِ رقيقاً، ومن أصحابنا من قال: لا يعتق منه شيءٌ حتى يؤدي إلى الورثةِ مال الكتابة، ثم يعتق عليه ثلثه لأن

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).

الوصية [١٤٥/ب] لا تتنجز للموصى له إلا بعد أن يحصل للورثةِ مثلاها، وهو اختيارُ ابن أبي هريرةَ وصَاحبَ «الإفصاح» والمذهب الأولُ، ثم قالَ: وقال في «الإملاءِ» على مَسَائِلِ مالكٍ: «لَو أَعتَقه عنْدَ المَوت وَلَا مالَ له غيره عتقَ ثلثه لأَنَّ الثلث لَا يَحتَمِل سِوَى ثلثه، فإن أدّى ثلثي كتابته عتق كلهُ، وإن عجزه رق ثلثَاهُ».

ثم قال: «ولو قالَ: ضعوا عني كتابته كانت وصيةً له، فيعتق بالأقل من قيمته، أو كتابته»، وهذا قد ذكرنا فيما مضى، وقلنا: لا فرق بين أن يقول: أبرؤوه مما عليهِ أو ضعوا عنه، كل ذلكَ وصيةٌ له بما عليهِ، ولا فرقَ بين أن يكونَ الذي عليه حالاً، أو مؤجلاً يعني صارَ حالاً بعدما كانَ مؤجلاً لأن الكتابة الحالة لا تجوز.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولو كاتبَهُ في مرضهِ، ولا يخرجُ مِنَ الثلثِ، [وَقَفْت فَإن] أفادَ [السَّيِّد] مالاً قبلَ الموتِ يخرجُ بهِ مِنَ الثلثِ جازَتِ الكتابةُ على جَميعهِ».

الفَصْلُ

المريض إذا كاتب عبده صحت الكتابةُ لأنه مالكٌ ثم ينظر فإن برأ من مرضه لزمت الكتابة في جميعه، وإن مات من مرضهِ اعتبرت من ثلثه، وقال أبو حنيفة: يعتبر من رأسِ المال، وهذا لا يصح لأن الكتابة هبة في الحقيقة لأن الرقبة ملك السيد والكسبُ له، فإذا كاتبه يبيع ماله بمالهِ، فصار كما لو وهبه، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بأضعافٍ من قيمته، أو أقل، ولأن الكتابةَ أجريت مجرى العتق المجرّد لأن الولاءَ له في الكتابةِ كما في العتقِ المجرّد، ثم ينظر فإن احتمل ثلثه [١٤٦/أ] قيمة جميع العبدِ نفذت الكتابةِ في جميعهِ، وإن لم يخلف الميت شيئاً غيره، فإن الكتابة تلزمُ في ثلثه، قالَ الشافعيُّ رضي الله عنه: إذا كانت كتابة مثلهِ يعني بلا محاباةٍ، ويبقى ثلثاهُ موقوفاً على إجازة الورثةِ، فإن أجازوها نفذت الكتابَةُ، وإن ردوا بطلت في ثلثيهِ وبقيت في الثلث، فإذا أدّى المال عتق، فإن قيل: أصلكم أن كتابة بعض العبدِ لا تجوز، وقد جوزتم ههنا قيل: قال أبو إسحاق: لم يختلف قول الشافعي: أنه لا يجوز أن يكاتب بعض عبده في حياته ولا يختلف قوله أيضاً في أنه يجوز أن يوصي بكتابةِ بعض عبده بعد مدته لأن حال الموت مخالف لحال الحياةِ، ويجوز فيه من التعزير ما لا يجوز في حال الحياةِ، ألا ترى أنه قالَ في الورثة: إذا ورثوا مكاتباً، فعجزه أحدهم دون الباقين كانَ على الكتابةِ في نصيبهم.

ولأن ما يرثه الوارث فإنما يرثه مستحق الضرر في الثلثين، وليسَ كذلكَ الشريكُ، فإنه لم يستحق عليهِ الضرر، فلم تجز الكتابةُ في نصيبه بغير إذن شريكه، وأيضاً الكتابةُ ههنا وقعت على جميعهِ وصحت، وإنما فسخت الكتابةُ في بعضها لموضع الحَاجَةِ بخلاف المبتدىء بكتابةِ البعضِ، فإن قيلَ: إذا قلتم بفسخ الكتابةِ في بعضهِ وجب أن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).

يفسخ في الباقي كما قلتم: إذا كاتبا عبداً ثم فسخ **أحدهما** في نصيبِهِ تنفسخ في نصيب شريكه، قلنا: إنما فعلنا ذلكَ في حق الشريك لأنه لو عاد إليه نصيبه وباقيه مكاتبٌ [١٤٦/ب] أضررنا بهِ لأنه يكون ناقص القيمةِ، فدفعنا ذلكَ الضرر بفسخ الباقي، وههنا انتقل العبدُ إليهم ناقصاً بالكتابةِ فلا مَعنى لإزالةِ الكتابةِ في باقيه، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا: لا تصح الكتابَةُ إلا في ثلثيه، فأدى ثلث النجوم هل يحكم بصحة ثلث آخرَ إلى أن يتم العتق في كله وجهان ذكرهما ابن سريج: أحدهما: يفعل هكذا، فإذا أدّى الثلث الثاني حكمنا بصحة الكتابةِ في الثلث الثالث، والثاني: وهو المنصوصُ لا يفعل ذلكَ، فإذا قلنا بالقولِ الأوّلِ وكاتبنا الثلث الثاني فهل يطالبه بحصتهِ من النجوم في الحال ويجعل كأن مدة الكتابة مضت أو يضرب له مدة مثل المدة التي ضربها الميت؟ وجهان: أحدهما: أن الكتابة إن كانت على مُدة سنةٍ، فاستوفينا ثلث النجم عند آخرِ السنةِ لم يطالبه بثلث ثانٍ من النجم إلا بعد سنة أخرى ثم بثلث بعد السنةِ الثالثةِ، والثاني: يطالب في الحالِ ثم إذا أدّى يكاتب الثلث الثاني، ويطالبُ بحصته أيضاً، وإلا للورثة تعجيزه لما ذكرنا أنه إذا غصب المكاتب على نفسهِ حتى مضت المدة هل يستأنف له مدة، أو يطالب في الحال بالنجوم بعدما غرم له أجر المثل قولان.

فَرْعٌ

إذا كاتبنا ثلثهُ عتق الثلث، ولا يسري إلى الباقي، وإن عجز ورق هذا الثلث فيه وجهان: أحدهما: يعود إلى التركة حتى يؤدي منه الوصايا لأنه إنما اعتبر في الثُّلث ليعتق، فإذا لم يعتق لم يعتبر فكأنه تركة، والثاني: لا يعود إلى التركةِ لأن اعتباره في الثلث لم يكن موقوفاً على العتق، فإذا عاد بالعجزِ [١٤٧/أ] إلى الرق صَارَ مالاً مستفاداً لهم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «وما أقرّ بقبضهِ في مرضهِ، فهو كالدينِ يقرُّ بقبضهِ في صحتهِ».

عندنا أن الإقرار بقبض النجومِ ولا يعتبر من الثلث، بل هو من رأس المالِ، وإنّما يتصور، في إقرار المريضَ بقبضِ نجوم كتابةٍ كانت في الصّحةِ، فأمّا إذا كانت في المرضِ فأصل الكتابة من الثلث، فلا يفيد الكلام في أن الإقرارَ كيف يقبل هل يقبل فيما صححنا فيه الكتابة، وقال أبو حنيفةَ: إن كان عقد الكتابةِ في الصحةِ، فالإقرار بقبض النجوم من رأس المال، وإن كانت الكتابة في المرضِ، فالإقرار من الثلث. هكذا ذكر بعض أصحابنا، وفيه نظرٌ، والعلة في هذه المسألةِ: أن المريضَ يملكُ القبضَ، فيملك الإقرار به كالصحيح، وهذا لأن إقرار المرض وإقرار الصحةِ سواءٌ عندنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «وإذا وضعَ عنهُ دنانيرَ وعليهِ دراهمٌ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).

الفَصْلُ

يعني إذا كاتب عبداً على دراهم ثم أبرأه من دنانير أو كاتبه على دنانير ثم أبرأهُ عن دراهم لا يصح الإبراءُ بهذا الإطلاق لأنه أبرأهُ عما لا يستحقه فصارَ كما لو كان له على عمروٍ حقٌ فأبرأه زيداً منه، ولو أبرأهُ من ألف درهم وله عليه دنانير، ثم قالَ: أردتُ بذلكَ دنانير قيمتها ألف درهم قبل ذلك وبرئت ذمته عن القدر الذي أرادَهُ لأنه إبراء عما يستحقه كما لو قال: على ألف درهم إلا قفيز حنطةٍ، وقال: أردت إلا دراهم بقيمة قفيز حنطةٍ يقبلُ ذلك، ويكون مستثنياً القيمة بالقفيز من ألفِ درهم، كذلكَ ههنا [١٤٧/ب] ذكره أبو إسحاق.

واعلم أن الشافعي رضي الله عنه علل في مسألةِ الكتاب، فقال: لم يجز لأنه استيفاءٌ، فهذه العلة مشكلةٌ، وذلكَ أنه لو استوفى بدل الدنانير دراهم جاز، فكيف منع الجواز؟ فقال: لأنه استيفاءٌ، وإزالةُ هذا الإشكال بأن يقال: أرادَ لأنه كالاستيفاءِ، ولو بطل الاستيفاءُ الذي ظننا أنه استيفاءٌ صحيحٌ لم يعتق كذلكَ إذا بطل الوضعُ الذي ظننّا أنه أبراءٌ صحيحٌ لم يعتق.

فَرْعٌ

لو اختلفا، فقال السيدُ في اللفظ المطلق: أردتُ بهِ الدراهم، وقالَ المكاتب: بل أردتُ قيمة الدراهم من الدنانير، فالقولُ قولُ السيد لأنه اختلافٌ في إرادته، وهو أعلم بذلكَ، وهكذا لو ماتَ السيدُ، واختلفَ المكاتب وورثة السيدِ فيما ذكرنا، فالقول قولُ الورثةِ لأنهم يقومونَ مقامَهُ، فإن لم يحلف السيد أو الورثةُ على العلم بإرادة الميت تردُّ اليمين إلى المكاتب، فإذا حلفَ حكم به، وهكذا لو أوصى أن يوضَعَ عنه كذا، وهو غير ما وجب عليه، فالوصيةُ باطلةٌ إلا أن يريد: ضعوا بقدر هذه الدنانير من الدراهم التي عليهِ فيصحُّ.

فَرْعٌ آخرُ

مسألة[1]: ولو قالَ: «قَد اسْتَوفَيت آخِرَ كتَابتِكَ إن شَاءَ الله أَو إن شَاءَ فُلانٌ لم يجز».

قد بيّنا فيما مضى أن الاستثناء يُبطل الأقارير والعقود كلها، وقالَ ههنا: إذا قال: استوفيت إن شاءَ الله، أو إن شاءَ فلانٌ لم يجز ولم يكن بهذا إقراراً لأنه استثناءٌ، قال أبو إسحاق: أما قوله: إن شاءَ الله استثناءٌ لأنه يستوفي إن شاءَ الله. [١٤٨/أ] فأمّا قوله: إن شاءَ فلانٌ، فليس باستثناء، وإنما هو كلام محالٌ لأن بمشيئة زيدٍ لا يصير مُستوفياً فلفظ الاستثناءِ في أحد المشيئتين صحيح دونَ الآخرِ، وهكذا ذكر صَاحبُ «الإفصاح»، فقال: إن مشيئة الله تعالى فيما يستقبل، فأمّا ما دفع فقد سبقت المشيئةُ

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).

فمعناهُ، استوفيه إن شاءَ اللّهُ، فأمّا مشيئة زيدٍ فلا يتعلق بها الاستيفاءُ في الماضي، ولا في المستقبل، وقال القاضي أبو حامدٍ: كل ذلك ليس باستثناءٍ عند العرب لأن الاستثناءِ عند العرب لا يجوز فيما مضى من الأفعالِ، وفي الدائم إنما يجوز في المستقبل، ومعنى قول الشافعي[1]: لأنه استثناء أرادَ أن هذا التقييد يزيل إطلاق القولِ بالاستثناءِ ويقول مقامَ الاستثناءِ، وهذا صحيح لأن الشافعي قد جعله استثناءً فيهما، وقولُ أبي إسحاق: يؤدي تخطئة الشافعي في قوله.

فإن قال قائلٌ: هو يرده إلى أحد المسألتين، وهي إذا قالَ: إن شاءَ الله قلنا: قد قالَ الشافعي في «الأم»[2]: لو قالَ قد استوفيت آخر كتابتكَ إن شئتَ لم يكن استثناءً لأنه استثناءٌ، فدل على أن تقديره: أن هذا التقييد بمنزلة الاستثناءِ.

فَرْعٌ

قال في «الأم»[3]: ولو قالَ: وضعتُ عنك كتابتي كلها إلا ديناراً، أو عشرة دنانير كانَ بريئاً من الكتابةِ إلا ما استثني ولا يعتقُ إلا بالبراءةِ من آخرِ الكتابةِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ[4]: ولو وضعَ من كتابتهِ شيئاً ثم اختلفَ هو والمكاتب فقال السيدُ: وضعتُ من آخرِ الكتابةِ، وقال المكاتب بل مما حل منها، فالقول قول السيّد، فإن ماتَ السيّد، فالقول قول الورثة، فإن كانوا [١٤٨/ب] صغاراً لا يعربونَ عن أنفسهم ألزمَ الحاكم المكاتب أن الموضوعَ من آخرِ الكتابةِ لأنه لا يجوز أن يضع إلا ما يحيط العلم بأنهُ وضعَ عنهُ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ[5]: ولو شهد شاهدان للمكاتبِ أن سيده قال: قد استوفيتُ منه، أو قالَ السيدّ: أليس قد أستوفيتُ، فقال: بلى كان القولُ قولُ السيد أنه استوفى منهُ ما حلّ من نجومهِ، وإن ادعى المكاتب أنه أرادَ آخر النجوم فعليهِ البيّنة، فإن قالَ لم يوفيني إلا درهماً واحداً كان القول قولهُ معَ يمينه، وقولُ الورثةِ إن ماتَ لأن المكاتب عبد حتى يشهد الشهود أنهُ قد أوفاهُ جميع كتابته.

فَرْعٌ آخرُ

لو شهد الشهود أنه قال: قد استوفيتُ آخرَ كتابتكَ ولم يزد على ذلكَ فالقولُ قول السيد، فيما بقي من كتابته في حياتهِ وورثتهِ بعده لأنه يحتمل أنه أرادَ بقولهِ آخر كتابتكَ مما حلّ عليكَ فوجبَ الرجوعُ إلى بيانه.

---

(١) انظر الأم (٧/ ٤٠١).
(٢) انظر الأم (٧/ ٤٠١).
(٣) انظر الأم (٧/ ٤٠١).
(٤) انظر الأم (٧/ ٤٠١).
(٥) انظر الأم (٧/ ٤٠١).

بَابُ الوَصيّةِ للعبدِ أن يكاتبَ

مَسْألَةٌ: قالَ(١): «ولو أَوصى أن يكاتبَ عبداً لَهُ».

الفَصْلُ

صورة المسألةِ: أن يوصي رجل بكتابةِ عبدٍ له فالوصية تصح، ويعتبر خروج قيمة العبدِ الموصى بكتابتهِ من الثلث، لأن إخراج الرقبة من ملكهِ بغيرِ عوضٍ على ما بيّناهُ، ثم ينظر فإن لم يكن أوصى إلا بالكتابةِ وحدها، فالثلث مصروفٌ إليها، فإن كانَ أوصى بالكتابةِ وبأشياءَ آخر من هبةٍ ووصيةٍ ومالٍ أو محاباةً، فهل تقدم الكتابة على غيرها أم يسوى بين الجميع لأن المسألة مبنيةٌ على أصلٍ وهي أن الرجل إذا أوصى بوصايا في جملتها عتق هل يسوي الجميع أم يقدم العتق [١٤٩/أ] قولان، فإذا أوصى بالكتابة، قال الشافعيُّ(٢): حاصّ أهل الوصايا وهذا يقتضي التسوية بين الكتابةِ وغيرها، واختلف أصحابنا في المسألةِ على طريقين، منهم من قالَ: فيه قولان أيضاً، كالعتق سواءً لأن الكتابة تتضمن العتق، والشافعيُّ ذكر ههنا أحد القولين، ومنهم من قالَ: يسوي بين الكتابة وغيرها على ما نصّ عليهِ قولاً واحداً لأن الكتابة معاوضةٌ تجري مجرى المعاوضات، ولو أوصى فيه ببيع فيه محاباةٌ سوي بينَهُ وبين غيره كذلكَ الكتابة، ويفارق العتق لأن له مزيةً، وهي السراية، فقدم بخلافِ الكتابةِ.

فإذا تقرر هذا فإذا أوصى بالكتابة وحدها، أو بها وبغيرها، وقلنا: إنها تقدم، فإن الثلث كله يتوفر على الكتابة، فإن احتمل الثلث قيمة العبدِ كوتب وتجبر الورثة على ذلكَ، ثم ينظر في العبدِ، فإن لم يختر الكتابة لم يجبر عليها، فإن بعد ذلكَ بطلت الوصية ولم يجب إليها لأن حقهُ قد سقط بامتناعهِ، وإن اختار الكتابة وطلبها فبكم يكاتب لا يخلو إما أن يكونَ الموصي أطلق الوصية ولم يقدر ما يكاتب عليهِ، أو قدر ذلكَ، فإن أطلق فإنه يكاتب على ما جرت العادة بكتابة مثله عليه، ولا يعتبر قيمته فيه لأن الكتابةِ لا تصح إلا إلى أجلين، والأجل يأخذه قسطاً من العوضِ فينقص منه لدخولهِ ويزاد فيه لسقوطهِ، وإن قدر ما يكاتب عليهِ كوتب على ذلكَ القدر لا يزاد عليه، فإن كوتب فأدى المال فإن ذلك المال لا يحتسب من جملةِ التركة بل يكون حقاً خالصاً للورثة لأن ذلكَ نماء الرقبة ليسَ بملكٍ للموصي، وإنما كانَ ملكه على الرقبةِ، فحسب فإن ذلكَ للورثةِ خالصاً كما لو أوصى بنخلٍ فأثمرت.

ثم ينظر فإن لم يؤد تمام المال، أو عجز نفسَهُ، فالورثة يسترقونه، فإن أدى عتق وثبت الولاءُ عليهِ [١٤٩/ب] لسيدِ المكاتب ينتقل إلى العصبات من ورثتهِ لأنه عتق بسبب كانَ منهُ، وهي وصيّةٌ بكتابته، فهذا الحكم فيه إذا كانت قيمة العبدِ تخرج من الثلث، فأمّا إذا لم تخرج قيمة العبدِ من الثلث يكاتب القدر الذي يحتمله الثلث كما إذا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).

(٢) انظر الأم (٧/ ٤٠٩).

أوصى بعتق عبده، فإن كانَ الثلث احتمل أعتق، وإن لم يحتمل أعتق بقدر ما يحتمله الثلث، فإن قال العبد في مطلق الوصية إذا خرجت من الثلث يلزم أن يكونَ الكتابة بعوض المثل إذ لو عتق ثلث مالهِ بلا عوض جاز، قلنا: نعم، ولكنه لم يوصِ بأن يعتق وإنما أوصى أن يعقد فيحتمل أنه بعوضِ المثلِ.

فَرْعٌ

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو أوصى لرجلٍ بثلث ماله، وأمر أن يكاتب عبده وهو قدر ثلث ماله أيضاً يدفع نصف الثلث إلى الموصى له ويكاتب نصف العبد بخمسمائة إذا كان الثلث الفاً نص عليه ههنا، فإذا دفع النجم فهل يزاد في الكتابة قد ذكرنا وجهين، فإذا قلنا: يزاد دفع ذلكَ إلى الموصى له ثلث، ويكاتب ربع العبد على مائتين وخمسين، فإذا دفع ذلكَ للموصى له بالثلث نصف ويكاتب ثمن العبد على مائة وخمسةٍ وعشرين وعلى هذا يفعل أبداً إلى أن تتم الكتابة كذا ذكره القفال، وفي هذا التفريع نظرٌ، والثاني: أنه استقر، فلا يزاد في الكتابة، وقيل: إنه يزاد في الكتابةِ لكن النجوم يكون نماء ملكهم، ولا تجب الزيادة في الوصية بسبب ذلك ولابن سريج في وجهٌ آخرٌ أنه متى لم يخرج جميع الرقبة من الثلث فلا يكاتب أصلاً بل يبطل الوصيةِ فيه، كما لو أرادَ أن يكاتب بعض عبده، والعبدُ كله له لا يصح.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «ولو قالَ: كاتبُوا أحدَ عبديَ» [١٥٠/أ].

الفَصْلُ

إذا أوصى فقال: كاتبوا أحد عبيدي، فإن الورثةَ يكاتبون أيّ عبدٍ من عبيده شاؤوا، ولا يجوز أن يكاتبوا أمةً لأن اسم العبد لا يقع عليها، ولذلك إذا قالَ: كاتبوا أمةً، فلهم أن يكاتبوا أي أمةٍ شاؤوا ولا يجوز أن يكاتبوا عبداً لأن الاسم لا يقع عليه، ولو قالَ: كاتبوا عبداً وكان له خنثى قد حكم بأنه رجل، أو قال: كاتبوا أمة وكان له خنثى حكم بأنها امرأةٌ، فهل تجوز كتابته؟ اختلفَ أصحابنا فيهِ على طريقين: أحدهما: يجوز قولاً واحداً لا يختلف المذهبُ فيه اعتباراً بما حكم بهِ، والثانية: فيه وجهان ذكره أبو حامدٍ، **أحدهما** ما ذكرنا، **والثاني**: لا يجوز لأن إطلاق الاسم لا ينصرفُ إلى الخنثى وإن تبين حاله ولا شكّ أنه في حالةِ الإشكال لا يدخل في اسم العبدِ ولا في اسم الأمةِ، وهذا اختيار الربيع، والأول أصحُّ، وهو اختيار المزني، ولو قال: كاتبوا أحد رقيقي كان لهم الخيار في عبدٍ أو أمةٍ، قال المزني: أو خنثى. وروى الربيع في «الأم»: أنه لا يجوز خنثى إذا كان مشكلاً فجعل الشافعي إطلاق اللّفظِ للعبدِ أو للأمةِ أو للخنثى الذي بان أنه امرأةٌ، وصح أنه رجلٌ، أو امرأةٌ بتغليب الدلائل، وإن كان مشكلاً، فهو خارج عن العُرفِ لا يقع عليه إطلاق اسم الرجل ولا المرأةِ، قال أبو

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).

إسحاق: وأرى الشافعي قد نصّ في بعض الروايات على ما اختارَهُ المزني على مذهبِهِ من جواز الخنثى، ففيهِ قولان، وقال القاضي أبو حامدٍ فيه وجهٌ آخرُ على ما اختارَهُ المزني، فجعل القولَ رواية الربيع، وجعلَ [١٥٠/ب] اختيار المزني وهو الأصح وجهاً آخَر.

بابُ مَوت سيّد المكاتب

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «ولو أَنْكَحَ ابنتَه مكاتبهِ برضَاهَا فماتَ».

الفَصْلُ

إذا كاتب عبداً، وكانت له ابنة فزوجها منه برضاها ولا بدّ من رضاها لأنه رقيق ليس بكفء لها، ولهذا قيد المسألة ثم مات لم تنفسخ الكتابَةُ بموتهِ لأنها عقد لازم، ثم ينظر في البنتِ فإن لم ترث أباها بأن كان بينهما اختلاف دين، أو كانت قاتلةً، فالنكاح بحالهِ لأنها لم تملك من زوجها شيئاً، وإنما انتقل ملكه إلى مالكٍ آخر فلم يؤثر ذلكَ في النكاح، وإن ورثته، فإنها تملك جزءاً منه، وينفسخ النكاح بينهما، وبه قال أحمد وقالَ أبو حنيفة: لا ينفسخ النكاح بينهما، وبناهُ على أصلهِ أن رقبة المكاتب لا تورث، وإنما يورث المال الذي عليهِ، وهذا لا يصح لأنه كان ملكاً للسيد وبموته لم يعتق فبقي ملكاً كما كانَ فورثه ورثته كسائر الأموالِ، والدليل على هذا أنه لا يبتدىء نكاحها بعد موت السيد بالإجماع.

فَرْعٌ

إذا اشترى المكاتب زوجته الأمة من سيده أو من غيره انفسخ النكاح، وكذلكَ لو اشترت المكاتبة زوجها من سيده، وقالَ أبو حنيفة: لا ينفسح النكاح لأن المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له وطيء أمته، وهذا لا يصح لأن المكاتب يملك لأنه يثبت له الشفعة على سيده وللسيد عليه الشفعة وإنما لا يجوز له وطيء أمته لتعلق السيد به كما يمنع الراهن من وطيء المرهونة، وإن كانت ملكه، والدليل على أنه يملكها أنه لا يجوز له أن [١٥١/أ] يتزوج أمتَهُ ابتداءً، والملك إذا منع الابتداء منع الاستدامةَ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): «فإنْ دفعَ مَا عليهِ مِنَ الكتابةِ إلى أحدِ الوصيين لم يعتقْ».

اعلم أنه إذا كاتب عبداً ثم مات السيد قد ذكرنا أن الكتابة لا تنفسخ، ثم لا يخلو إما أن يكون المال الذي على المكاتب يصرف إلى وارث، أو موصى له، أو إلى الغُرماءِ، فإن كانَ ينصرف إلى الورثة، فإن كانوا رشيدين فالمال لهم، ثم ينظر، فإن كانَ الوارثُ واحداً دفع المكاتب إليهِ، وإن كانوا جماعةً دفع إلى كل واحد منهم قدر حقهِ، فإن دفع إلى بعضهم، وأخل بالبعض لم يعتق كما لو كانَ العبد بين شريكين وكاتباه، ثم دفع المال إلى **أحدهما** لا يعتق، ولا يجوز في هذا الموضع أن يوصي

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).

السيد بالنظر في مال ولده ولا بقبض مال الكتابة، فإن فعل لم تصح الوصية، وإن دفع المال إلى الوصي لم يعتق لأن الوصيّة لا تصح في حق أهل الرشد، وإن كان الورثة أطفالاً، أو مجانين، فإن لهم جد فهو الناظرُ في أمرهم، فلا تصح الوصيّةُ معَهُ، فإذا دفع المالَ إليه عتق وذكر الداركي عن بعض أصحابنا: أن وصيّ الأب أولى من الجد، وهو قولُ أبي حنيفة، وهذا الوجه غير مشهور عند أصحابنا، وإن لم يكن لهم جد وأوصى الأبُ إلى من ينظر في أمرهم صحت الوصيّةُ ويجب على المكاتب الدفعُ إلى الوصي، فإن كانَ واحداً دفع إليهِ، وإن كانا اثنين نظر فإن أوصى إليهما وإلى كل واحدٍ منهما، على الانفراد جاز للمكاتب أن يدفع إليهما وإلى كل واحد منهما فإن أوصى إليهما ولم يوص إلى كلِّ واحدٍ منهما على الانفرادِ [١٥١/ب] لم يجز أن يدفع إلى **أحدهما** بل يجب الدفعُ إليهما، فإن دفع إلى **أحدهما** لم يعتق لأن الوصي رضي باجتهادهما معاً، وإن لم يكن الميتُ أوصى بالنظر في مال الأولاد، فالنظر في أمرهم للحاكم، فيرفع المكاتبُ الأمرَ إليه لينصب أميناً، فيدفع المال إليهِ ويعتق، وإن كانَ بعض الورثة كباراً، وبعضهم صغاراً، فالكبار يقبضون حقوقهم والحكم في حقوق الصغار ما ذكرنا إذا كان الميت قد أوصى أو لم يوصِ، وإن كانَ مال الكتابةِ ينصرف إلى الموصى له، فإن كان قد أوصى به لواحد بعينه، فالحق له فإن دفعَه إليهِ جاز لأنَّهُ مستحقه، وقال صاحب «الإفصاح»: لا يجوز وحكاه القاضي الطبري عنه، وهذا ليسَ بمذهب، وإن دفعَهُ الوصي ليدفعه إليه جاز أيضاً، وإن كانَ قد أوصى به لأقوامٍ غير معينين كالفقراءِ والمساكين، فلا يجوز للمكاتب أن يوصل المال إليهم بنفسه، بلٍ عليهِ أن يدفعه إلى الوصي فإنه موضع اجتهاد، والميت لم يرض باجتهاد المكاتب، وإنما رضي باجتهاد الوصي.

وإن كان مال الكتابة ينصرف إلى الغرماءِ وقضاءِ الديون ينظر فإن كانَ السيّدُ قد أوصى بأن يقضي من مال الكتابة ديونه فالحكم فيهِ كما لو أوصى به لرجلٍ بعينه فيجوز للمكاتب دفعه إلى أصحاب الديون، ويجوز أن يدفعَهُ إلى الوصي وليس للورثة ههنا حقٌ، وإن لم يكن أوصى فالحقُّ للورثة والوصي معاً، فلا يجوز للمكاتب أن يدفعه إلا بحضرتهما ورضاهما لأن للورثةِ في ذلك حقاً، وهو أن لهم أن يأخذوا المال ويقضوا من عندهم.

وإن تلفَ المالُ في يد الوصي لا يضر المكاتب لأن القبض قد صح [١٥٢/أ] إذا كانت الوصايةُ صحيحةً، وقال القاضي الطبري: إذا كان عليهِ دين يحيط بتركته فدفع المكاتب إلى من له الدين، وقد ثبت دينه فقد بريء لوصوله إلى مستحقه نصّ عليهِ في «الأم»، وقال صاحب «الإفصاح»: لا يبريء وهو خلاف النصّ، وهذا خلاف ما ذكرنا عن أصحابنا وهذا النصّ غريبٌ.

ولو دفع المالَ إلى الوارثِ في هذا الموضع قال الشافعي: لا يعتق حتى يصل إلى صَاحب الدين لأن الوارث إنما يستحق ما فضل عن الدين.

بَابُ عَجز المكاتب

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(١)]: «وَلَيسَ لسيدِهِ أنْ يفسخَ كتابتَهِ حَتَّى يعجزَ عَن أَدَاءِ نجمٍ».

الفَصْلُ

إذا كاتب عبده على مالٍ ثم أرادَ فسخَهُ نظرَ، فإن لم يكن حلّ عليهِ نجم لم يكن لَهُ الفسخ وكذلكَ إن حلّ عليهِ نجم ولكن معَهُ ما يؤديه ولم يمتنع من الأداءِ لأنه لا ضرر على السيدِ، ولا تعذر عليه حقه، وإن كان قد حلّ عليهِ المال، وليس معَهُ ما يؤدي أو كانَ معه، ولكن امتنع من الأداءِ، فللسيدِ أن يفسخ ولا فرقَ بين أن يتعذر عليهِ جميعُ المالِ، أو بعضه، وبين النجم الأولِ وبين النجم الثاني، ثم ينظر فإن العبد حاضراً يفسخه بنفسه، ولا يحتاج إلى حاكم لأنه فسخ مجمعٌ عليهِ كالردّ بالعيب، وإن كانَ العبدُ غائباً فليسَ للسيد أن يفسخ، بل يرفع الأمرَ إلى الحاكم ويثبت عند الحاكم أن له على المكاتب مالاً وأنه قد تعذر عليهِ الأداءُ، فإذا فعل ذلك استحلفَهُ الحاكم مع البيّنة على ما تقدم بيان اليمين، وقضى له بالفسخ وهذا لأنه قضاءٌ على الغائب، وقالَ في «الحاوي»[(٢)]: هكذا قال البغداديون من أصحابنا، [١٥٢/ب] وهذه اليمينُ استظهارٌ عند أكثر أصحابنا لأن اليمين لا تجب إلا بطلب مستحقها، ومن أصحابنا من قال: هذه اليمين واجبةٌ في فسخ الحاكم كيلا يفسخ إلا بحقٍ تزول معَهُ الشبهةُ، وقال البصريون من أصحابنا: ينفرد السيد عند غيبته كما عند حضوره، وقال ابن أبي ليلى: لا يكون عَجزه إلا عند الحاكم، وقال أبو يوسفَ: لا أردهُ في الرقّ إلا أن يتوالى عليهِ نجمان، واحتج بما روي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه كانَ يقول: يرد الرجل في الرقِّ حتى يتوالى عليهِ نجمان[(٣)]، ودليلنا ما روي أن ابن عمرَ رضي اللّه عنهما كاتب عبداً له على ثلاثينَ ألفاً، فقالَ لهُ: أنا عاجزٌ، فقال له: امح كتابتك، فقالَ: امحِ أنتَ،[(٤)] ويحمل قولُ علي رضي الله عنه على الاستحبابِ، ولأنه دخلَ في الكتابةِ علَى أن يسلم له المال عند انقضاءِ كل نجم، فإذا لم يسلم ذلكَ كانَ له فسخها كما لو توالى عليه نجمان، وروى عطاء بن رباح أن ابن عمرَ رضي الله عنهما كاتب عبداً له فأدّى تسع مائة وبقيت مائة دينار فعجز فرده في الرق[(٥)]، وروي أن مكاتباً له عجز فرده مملوكاً، وأمسك ما أخذ منه[(٦)]، وقال: شبيب بن عمر شهدت شريحاً ردّ مكاتباً عجز في الرق[(٧)]، ولو كانَ العبدُ مليّاً فامتنع من أداءِ النجم الذي حلّ عليهِ، أو أدى بعضَهُ، فللسيد فسخُ الكتابةِ

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٤).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٢٩٦).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٦٠)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٦١).
(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٥٤)، وفي «معرفة السنن» (٦١٢٨).
(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٥٢).
(٦) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٥٣).
(٧) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٦٢)، وفي «معرفة السنن» (٦١٢٩).

ولا يجبرُ العبدُ على أدائهِ خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، ويخالف المشتري إذا امتنع من أداءِ الثمن يجبر عليه، ولا يكون للبائع فسخ البيع لأن الكتابةَ جائزة من جهة العبدِ غير لازمةٍ على ما تقدم بيانه.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»(١): [١٥٣/أ] وإذا كان حاضراً فطالبَهُ فقال: ليس عندي، فقالَ السيدُ: اشهدوا أني قد عجزت، أو أبطلتُ كتابته، أو فسختها انفسخت وسواءُ كان عند سلطان، أو غيره قال الشافعيُّ: فإن لم يقل شيئاً من هذا فهو على الكتابةِ، قال أصحابُنا: والإشهاد فيه استحبابٌ، فإن قيل: قد قلتم في المشتري إذا عجز عن أداءِ الثمن لا يختار عين ماله إلا أن يفلسه القاضي ويحجر عليهِ، وههنا قلتم: إذا كان حاضراً لا يحتاج إلى القاضي، قلنا: لأن فسخ البائع بعيب في ذمةِ المشتري، وذلكَ العيب مزاحمة الغرماءِ، ولا يحصل ذلكَ إلا بالحجر والفلسِ، وههنا الفسخ ليس بعيب يظهر بالعبد، ولكن لاعترافهِ بالعجز، فإذا حصل ذلك لا يحتاج إلى الحاكمِ.

فَرْعٌ آخرُ

قال(٢): ولو حل عليه فلم يُطالبه مدةً قصيرة أو طويلة، ثم أحضره لم يكن للسيدِ الامتناع عن قبضهِ، قال: فإن سأله أن ينظرَهُ مدةً يؤدي إليها نجمه وفي نسخه يؤدي إليه نجمه، أي إلى السيدِ لم يكن عليهِ أي لم يكن واجباً عليه أن ينظرَهُ لأن حقه حال عليهِ والتأجيل تبرّعٌ، فلا يلزم وليس للسُّلطان أن ينظرَهُ أيضاً لأن الحق للسيد، فلا يجبر على ترك حقهِ، قال الشافعي: إلا أن يحضرَهُ ماله ببيعه مكانه، فينظره قدر بيعه معناهُ أنهُ إذا أحضرَ المكاتب واستنظرَ السُّلطان لبيعها انظرَهُ قدر بيعها وهذا واجبٌ بالحكم لأنه عرف الأداء وعادةُ الإيفاء والاستيفاءِ كما لو قال: انظرني حتى أصير إلى البيت وأحمل المال، أو أفتح الصُّندوقَ، [١٥٣/ب] ونحو ذلكَ قال أصحابنا: ويعتبر فيه قليل الزمان، وهو لا يجاوز ثلاثة أيامٍ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ الشافعي(٣) رضي الله عنهُ: «وإن حلّ عليهِ نجمُ في غيبتهِ فأشهد سيدهُ أن قد عجزه، أو فسخ كتابته فهو عاجزٌ» وزاد في «الأم» فقال: فإن جاء في غيبته وأقام بينةً على سيده بقبض النجوم الذي عجزه، أو أبرأهُ منه أو إنظاره كانَ على كتابته فدل هذا النصّ على أن المكاتبَ إذا قدم ولم يدع ما ذكره أنه يكون عاجزاً وتكون الكتابةُ منفسخةٌ. وقال أبو إسحاق: يحتاج إلى الحاكم على ما ذكرنا من قبل، قالَ القاضي الطبريُّ: هذا خلاف ما نقله المزني وبينه الشافعي في «الأم»، ومعناه أن السيد إذا

---

(١) انظر الأم (٧/ ٤٠٣).
(٢) انظر الأم (٧/ ٤٠٤).
(٣) انظر الأم (٧/ ٤٠٣).

فسخها، وهو غائبٌ فلما قدم لم يدّع خلافَ ما قاله علم أنه كانَ عاجزاً وإن ادّعى خلاف ما قاله وأقامَ البيّنةَ فهو على الكتابةِ، ثم قال: وإن رفعها إلى الحاكم حتى يفسخها، فإن الحاكم لا يفسخها حتى يتثبت على ما ذكرنا، وإذا عجزه جعل المكاتب على حجتهِ إن كانت له، وهذا يدلُّ على أن المذهبَ المنصوص ما قاله البصريون من أصحابنا.

فَرْعٌ آخرُ

لو أرادَ المكاتب فسخَ الكتابةِ فيه وجهان: أحدهما: لا يملك لأنه لا ضررَ عليهِ في بقاءِ الكتابةِ، وإنما له أن يمتنعَ من الأداءِ، والثاني: يملك لأنه عقد لحقهِ، فملك أن ينفرد بالفسخِ كالمرتهنِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو استنظره لمال غائبٍ ينقله فإن كانَ على مسافةٍ لا تقصر إليه الصلاة يلزمهُ إنظاره لأنه في حكم الحاضرِ، وإن كانَ على مسافةٍ يقصر إليها الصلاة لا يلزمهُ إنظاره لأنه كالقادمِ، ذكره في «الحاوي»[(١)].

فَرْعٌ آخرُ

ولو قال: انظرني لأقبض ديناً لي فإن [١٥٤/أ] كانَ مؤجلاً لا يلزمهُ إنظاره، وإن كانَ حالاً فإن كانَ على موسرٍ يلزمهُ إنظاره، وإن كانَ على مُعسرٍ لا يلزمهُ إنظاره لأنه كالهالك ولهذا لا يلزمُ فيه الزكاة.

فَرْعٌ آخرُ

إذا كانَ هو غائباً وماله حاضرٌ لا يقضي القاضي عنه النجوم وللسيد حق التعجيز بخلاف ما إذا جنّ المكاتب وماله حاضرٌ فالحاكم يؤدي عنه النجم، وليس للسيد التعجيز لأن الغائب لو كان حاضراً لم يلزمهُ قضاءُ النجم بل له أن يعجز نفسهُ، فالحاكم لا يقومُ مقامَهُ وهو من أهلِ الكتابة ويردهُ إلى ملكه، وإن كان معه مال، فأدّاهُ إلى السيد عتق، وإن قال: لي مال أحضره فقد ذكرنا، وإن كان العبد غائباً فليس للسيد أن يفسخ، تولى ذلك بنفسهِ ولعله فسخ الكتابةَ في حال غيبتهِ، والمجنون لا يصح منه النظرَ لنفسهِ، فالحاكم يقوم مقامَهُ في ذلكَ ذكرها القفالُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٢)]: «وإن قال قائل: قَد أَنْظَرته وبَدَا لِي والمكاتبُ غَائِبٌ لَم يجزْ لهُ تَعجيزَهُ».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتبَ عبداً فحلّ عليه مال الكتابةِ، فأظهرَ أنه عاجزٌ عن أدائهِ فأنظرهُ السيدُ وأخره بما عليهِ، فإن الإنظار يصح، ولا يجبرُ على اختيار الفسخ، فإن رجعَ بعد

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٢٩٧). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).

ذلكَ وطالبَ بالمال صح رُجوعه خلافاً لأبي حنيفة، ثم لا يخلو إمّا أن يكونَ العبدُ حاضراً أو غائباً، فإن كان حاضراً ينظر فإن أظهر العجز كانَ للسيدِ أن يفسخ الكتابة ويرده إلى ملكه، وإن كان معه مال فأداه إلى السيد عتق. وإن قال: لي مال أحضره فقد ذكرنا، وإن كان العبد غائباً فليس للسيد أن يفسخ في الحالِ لأن غيبتهُ لنظرته وتأجيله بل يرفع الأمر إلى الحاكم ويثبت عنده الكتابة وحُلولِ المالِ عليهِ، وأنه لم يؤدِ شيئاً ويحلفه الحاكم على ذلكَ فإن هذا قضاءٌ على الغائب فلا بدّ من اليمين، فإذا فعل هذا كتب إلى حاكم ذلك البلد بما يثبت عنده، فإذا وصل الكتابُ إليهِ استدعى المكاتب وسَألَهُ عن الحالِ، فإن أظهرَ العجز كتب إلى حاكم ذلكَ البلد حتى يخبرَ السيد بعجز المكاتب [١٥٤/ب] فيفسخ الكتابةَ وإن ذكر أن لَهُ مالاً، فإن لم يكن له وكيلٌ، فإن الحاكم يكلف المكاتب أن يوصل المال إلى سيده إمّا بنفسهِ أو ينفذه مع أمينٍ فإذا فعل ذلكَ وصارَ المال إلى السيد عتق، فإن أخّر الإنفاد حتى مضت مدةُ لو أنفذ المال كانَ قد وصل كانَ للسيدِ أن يفسخ في الحالِ، وكذلكَ الوكيل إذا جعل السيدُ إليه الفسخ فله أن يفسخ في الحالِ، قال أبو إسحاق: ظاهرُ ما نقل المزني أنهُ قد أنظرَهُ مسافة الطريق سواءٌ كان للسيدِ وكيلٌ في ذلكَ البلدِ أو لا ولكن الربيع رواهُ مفصّلاً هكذا، وهو الصحيحُ وعلى هذا لو كانَ طريقاً لا يمكن أن يسلكَ في السنةِ إلا مرةً أنظره إلى ذلكَ الوقت الذي يمكنه سلوكه فيهِ، قال أبو إسحاق: فإن كتب إلى الحاكم بأن يقضيه فليس على الحاكم ذلكَ ولا أن يكون وكيلاً لغيره لأن الحاكم يكلف الحكم دون قبض المالِ بالوكالةِ فإن اختار القاضي القبضَ كان حكمه حكم الوكيل، فإن جاءَ وكيل ثابت الوكالةِ يُطالب بالتسليم إليهِ نظر بينهما ويحكم بما يثبت.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «ولو غلبَ على عقلهِ».

الفَصْلُ

يعني إذا كاتب عبداً فجن المكاتب لا تنفسح الكتابةُ بجنونهِ فإن قيل: هلا قلتم تنفسخ لأنها جائزة من جهته غير لأنه كما تنفسخ الشركة والمضاربة قلنا: العقد الذي ينفسخ بالجنون هو الجائز من الطرفين، فأمّا اللازمُ من أحد الطرفين لا ينفسخ به كما لا ينفسخ النكاح بجنون الزوجين لأنه جائز من جهة الزوج لازم من جهة الزوجة ولأن بالكتابةِ يتعلق العتق بالصفةِ وذلكَ يمنع من انفساخها بالجنونِ [١٥٥/أ] ألا ترى أن مجرّد العتق بالصفةِ لا ينفسخ بالجنون فإذا ثبت عند الحاكم ذلكَ، فإن وجد للمكاتب مالاً قد ذكرنا أنه يدفعه إلى السيدِ وحكم بعتقه، وإن لم يجد له مالاً جعل للسيد فسخ الكتابةِ، وليس له فسخها ما لم يأت الحاكم لأن الحاكم قيم المجانين ثم إذا فسخها لزمه نفقته لأنه عاد إلى ملكهِ.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).

فَرْعٌ

لو ظهرَ له بعد الفسخ مالٌ، أو أفاق المكاتب وأظهر لنفسهِ مالاً نقض الحاكم حكمه، ودفع المالَ إلى السيد وحكم بعتقه ورجع السيدُ على المكاتب بما أنفقَ عليهِ لأنه أنفق عليهِ على أنه عبده، فإذا أبان أنه لم يكن عبده وكان مكاتباً كانَ له الرجوع بما أنفقَ.

فَرْعٌ آخرُ

لو فسخ الكتابةَ ثم أفاق العبدُ وأقامَ البينةَ بأنه قد أدّى إلى السيد مال الكتابةِ لم يرجع السيد عليهِ بما أنفقه لأنه أنفق عليهِ مع علمهِ بحريته فكان مقطوعاً بهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «ولو ادعى أنهُ أوصلَ إليهِ كتابتهُ وجاءَ بشاهدٍ أحلفَهُ معَهُ».

قد ذكرنا هذه المسألة وفسرها في «الأم»، وقالَ: إذا حلّ النجم على المكاتب فسأله سيده أدائه، فقالَ: قد أدّيتُ إليكَ، أو إلى وكيلكَ وأنكر السيدُ لم يعجل السُّلطانُ في تعجيزه وأنظرَهُ يوماً أو أكثرَ وأكثر ما ينظره ثلاثة أيام، فإن جاءَ بشاهدٍ أحلفَهُ معه وأبرأَهُ مما شهد شاهدهُ وإن لم يعدل دعاهُ بغيره، فإن جاءَ بهِ من يومهِ أو غدهِ أو بعدَهُ وإلا عجزَهُ، وإن ذكرَ بيّنةً غائبةً أشهد أنه ذكر بيّنةً غائبةً، وأني قد عجزتُهُ [١٥٥/ب] إلا أن يكونَ معه بينةٌ بما يدعي، فإن جاءَ بها أثبت كتابتَهُ وأخذتُ سيده بما أخذ من خراجهِ وبقيمة خدمتهِ، وإن لم يأتِ بها تمَّ التعجيزُ، قال أبو إسحاق: ولم يذكر المزنيُّ إنظاره ثلاثاً حتى يأتي بالبينة، ولا إذا جاءَ بالبينةِ فلم يعدل أنظره ثلاثاً حتى يأتي بغيرها وهو أولى مما نقل المزني، قالَ في «الأم»[2]: وإن عجزه على هذا الشرط ثم جاءَ ببيّنةٍ بإبرائه من ذلك النجم وهذا آخر نجومهِ، ومات المكاتب جعل ماله ميراثاً لورثته الأحرار وأخذ السيد بما أخذ منه وبقيمةِ خدمتهِ، وإن لم يكن آخر نجومهِ فقد مات عبداً، فإن قيل: أليسَ العتق يثبت بهذا الأداءِ ولا يثبت العتق بشاهدٍ ويمين، قيل: لا يمتنع أن يقبل، وإن جرّ إلى ما لا يقبل فيه ذلك كشهادةِ النساءِ تقبل في الولادةِ، وإن جرّ إلى ثبوت النسبِ الذي لا تقبل فيه شهادة النساءِ بحالٍ.

فَرْعٌ

قال في «الأم»[3]: وإذا عجزه السيدُ أو السلطان، فقال سيده بعدَ التعجيز قد أقررتك على الكتابةِ لم يكن عليها حتى يجدد له كتابةً غيرها، ولو تأدّى منه على الكتابةِ الأولى، وقال: قد أثبتُّ لكَ العتق عتق بإثبات العتق وتراجعا بقيمةِ المكاتب كما يتراجعان في الكتابةِ الفاسدة وكذلكَ لو قالَ: أثبت لكَ الكتابة الأولى ولم يذكر العتق لأن قوله: أثبت لكَ الكتابة الأولى إثباتٌ للعتق بها على الأداءِ ولو عجزه ثم تأدى منه

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).
(٢) انظر الأم (٧/ ٤٠٤).
(٣) انظر الأم (٧/ ٤٠٤).

كما كان يساوي ولم يقل: قد أثبت لكَ الكتابة لم يكن حراً بالإداءِ [١٥٦/أ] وكان تأديته إليهِ كالخراج يأخذه منهُ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[١]: وإن عجز المكاتب عن نجم حلّ عليهِ، فقال السيّدُ: أعجز بعضكَ وأقرّ بعضكَ لم يكن ذلكَ له كما لم يكن له أن يكاتب بعضَهُ، فإن فعل وأدّى على هذا عتق كله ويرجع السيدُ عليهِ بنصف قيمته.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»[٢]: ولو كاتب الرجلُ عبده كتابةً صحيحةً ثم أفلسَ السيّدُ فالكتابة بحالها وكانَ للغرماءِ أخذ ما عليهِ من دين الكتابةِ عند مَحلهِ.

ولو عجل المكاتب ما عليهِ قبل محلهِ لم يكن للسيد منعهُ وكان للغرماءِ أخذه منه.

قالَ القاضي أبو حامدٍ: تأويل هذه المسألةِ أنه أداهُ إلى الغرماءِ بإذن السيدِ، أو بإذن الحاكم فلذلك عتق فأمّا إذا لم يكن بالإذن، فلا يعتق لأنه لا يبرأ إذا عتق إلاّ بالبراءةِ مما عليهِ فإن كاتبه بعدَ الوقفِ وأدّى إليه مال الكتابةِ لم يعتق وأخذ منه ما أدى إليه وبيع العبد عليهِ، ولو اختلفَ السيدُ والغرماءُ، فقالوا: كاتبتهُ بعد الوقفِ، وقال السيّدُ: بل كاتبه قبل الوقفِ، فالقول قول السيدِ وكذلك لو قالَ السيدُ: مع الغرماءِ كانت الكتابةِ بعد الوقفِ، وقال العبدُ: بل كانت قبل الوقف فالقول قولُ العبدِ وعليهم البينةُ، فإن كانت الكتابةُ صحيحةً، فأقر السيّدُ بعدَ التفليس أنه قبض منه شيئاً قبل الوقفِ، فالقول قوله: وكذلك كل ما أقرّ به الغريم له عليه حقٌّ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٣]: «ولو دفعَ الكتابةَ وكانت عوضاً بصفةٍ [فَقَبَضَهُ] وعتقَ ثمَّ استحقَ».

الفَصْلُ [١٥٦/ب]

قد ذكرنا هذه المسألة وذكرنا أن قولَ السيدِ: أنتَ حر عقيب أدائهِ المال لا يصير بقولهِ حُراً إذا ظهر الاستحقاق وأنهما لو اختلفا، فقال المكاتبُ: أردتَ بقولكَ: أنتَ حرٌّ ابتداءَ الإعتاق، وقال السيدُ: بل أردتُ بالعوض الذي أداهُ، فالقولُ قولُ السيدِ: لأن الظاهر معَهُ، قال أصحابنا: فإن كانَ ذلكَ قبل أن أدّى إليه العوض ثبتَ بذلك حريته لأنه لم يكن مُضافاً إلى الأداءِ، ولو قالَ بعد الاستحقاقِ: أنتَ حرٌّ عتق عليه، ولا يقبَلُ أني أردتُ ما ظننتُهُ من عتقه بالأداءِ بخلافِ الظاهرِ ولو قالَ بعد الأداءِ والعتق في الظاهرِ وقبل الاستحقاقِ أنتَ حرٌّ، ثم قال بعد الاستحقاق بالعتق ما كان من ظاهر الأداءِ، فهل يقبل منه وجهان محتملان أحدهما: تقبل كما يقبل منه عند الأداءِ لأنه في الحالتين على سواءٍ، والثاني: لا يقبل ويكون القول قول المكاتب معَ يمينهِ لأن العتق

---

(١) انظر الأم (٧/ ٤٠٤).
(٢) انظر الأم (٧/ ٤٠٤).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).

بالأداءِ انقضى زمان ظاهره، فصار لما تجدد بعده من لفظِ العتق حكم مبتدأٌ.

واعلم أن الشافعي رضي الله عنهُ ذكرَ في «الأم» مَسألتين في هذا الفصل، أحدهما: إذا قال لعبده: إن أعطيتني ثوباً من صفته كذا وكذا، فأنت حرٌ، فدفع ثوباً على تلك الصفةِ إلا أنه مستحق للغير لا يعتق لأن الظاهر إعطاءُ ثوبٍ يملكه وينتفع بهِ والمستحق لا يُملك، ولا ينتفع بهِ، والثانية: قالَ: وكذلك لو قال لعبدهِ: إن أعطيتني هذا الثوب فأنتَ حرٌ فغصبه وأعطاهُ لا يعتق فسوى بين الثوب المطلق وبين الثوب المعين، وقد فَصل بينهما في الخلع، فقالَ: [١٥٧/أ] في الثوب المطلق لا يقع الطلاق وفي المعين، قال: يقع الطلاق فمن أصحابنا من قال: فيهما قولان نقلاً وتخريجاً، ومنهم من حمله على ظاهرها وفَرق بأن الطلاق له من التغليب ما ليس للحرية ألا ترى أنه لا يجوز أن يقف في بعض الشخص بحالٍ والعتق قد يقف في بعض الشخص.

وأيضاً الفرقُ أن للزوجة مدخلاً في رفع النكاح بالفسخ، فكان رفعه بالطلاق أوسع حكماً وليس للعبدِ مدخل في رفع رقهِ فكان العتق أضيق حكماً، وقال صَاحب «الحاوي»[(١)]: في هذا الفَرقِ نظرٌ، والذي عندي أن العتقَ يقع بالمستحسن إذا كانَ معيناً كالطلاقِ لأن المغلب فيهما معَ التعيين حكم الصفةِ، وإن لم يكن الخلع أقوى لكونه عقد معاوضةٍ لم يكن أضعفَ من مجرّد العتق بالصفةِ.

بَابُ الوصيّةِ بالمكاتب والوَصيّةِ لَهُ

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٢)]: «وَلَو أَوصَى بِهِ لِرَجُلٍ وعجزَ قبلَ المَوْتِ، أَوْ بعدَهُ لم يجزْ».

اعلم أنه إذا كاتبَ عبدَهُ ثم أوصى برقبته فإن كانت الكتابةُ صحيحةً لا تصح الوصيّةُ لأن للسيد وإن كان يملك المكاتب ملكاً ضعيفاً فإنه يحول بينهُ وبين التصرّفِ في رقبته ومنفعته ولا فرقَ بين أن يعجز أو لا يعجز حين يبتدىء الوصيّة بعد الملك بالتعجيز، فإن قالَ السيدُ: إذا عجز المكاتب وبطلت كتابته فقد أوصيتُ بِهِ لفلانً تكون هذه وصيّةٌ صحيحةٌ إن عجز لأنه وصيّةٌ بصفةٍ ونظير هذا أنه لو أوصى لرجلٍ بعبدٍ لا يملكه لا يجوز وإن ملكه بعد ذلكَ حتى يستأنف الوصية [١٥٧/ب] بعد الملك ولو أوصى بعبدٍ لا يملكُهُ إن ملكه صحت الوصيّةُ وعلى هذا إذا أوصى بثلث مالهِ ولا مالَ له ثم ملكه فالمشهور جوازه لأن تقديرَهُ بثلث مالي إن ملكتَهُ فتكون هذه الوصية مضافةً إلى ملكٍ فيصح، وإذا قالَ: أوصيت له بثلث ما اكتسبهُ أو بثلث ما أملكه إلى الموت يصح لأنها مضافةٌ إل ملكه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٣)]: «ولو أوصى بكتابتهِ جازتْ في الثلثِ».

يعني: إذا كاتب عبده كتابةً صحيحةً ثم أوصى بالمال الذي في ذمتهِ، فإن الوصيةَ تصحُّ لأنه مالكٌ لذلكَ المال، فصار كما لو أوصى بدين له في ذمةِ إنسانٍ تصح

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٣٠٠). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).

الوصية، فإذا ثبت هذا فمات الوصي لزمت الوصيةُ بموتهِ من الثلث ثم ينظر في المكاتبِ فإن أدّى المال إلى الموصى له عتق ولا يحتاج في ذلكَ إلى إذن الورثةِ ويثبت عليهِ الولاء للموصي لأنه عتق بسببٍ منه وينتقل ذلكَ إلى العصبات من ورثته، فإن أظهر العجز فللورثةِ أن يعجزوه وتبطل الوصيّةُ، وإن قالَ الموصى له: أنا أنظرُهُ بالمالِ وأرادَ الورثةُ تعجيزه لم يكن له منعهم من حقهم، وهذا كما لو أرادَ السيد أن يقرّه على الكتابةِ وأراد المجني عليهِ تعجيزُهُ ليبيع رقبتَهُ لم يكن للسيد إسقاطُ حقهِ من تعجيزه وبيع رقبته وإن عجز المكاتب نفسَهُ بَطلت الوصيةَ، قال في «الأم»: وهكذا لو أوصى بكتابةِ مكاتبه لرجلٍ وبرقبتهِ لآخر إن عجز كان للذي أوصى له أن يعجزهُ.

ولو أدّى المال عتق ويكون ذلك المال للموصى له، بها وبطلت وصية الآخرِ، وإن عجز نفسَهُ سلمت الرقبةُ إلى الموصى له بها وبطلت وصية الآخرِ بالمال [١٥٨/أ].

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»[(١)]: ولو قال: أوصيتُ له بما يعجله مكاتبي من مال الكتابةِ صحت الوصيّةُ لأن تعليق الوصيةِ بالصفاتِ المجهولةِ تصح ثم ينظرُ فإن عجل شيئاً مما عليهِ دفع ذلكَ إلى الموصى له وإن لم يعجل بل أدّى المال في نجومهِ بطلت الوصية، ولا يجبَرُ على تعجيله ولا يعجز إذا لم يعجله.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٢)]: «وَلَو كَانَت الكتَابَة فَاسِدَةً بطُلَت الوَصِيَّة» أرادَ بهذا الوصيّةَ بالنجوم والكتابة فاسدة لا تصح لأنه لا يملك بالكتابةِ الفاسدةِ المالَ في ذمته، وقالَ أبو إسحاق: إلا أن يقول: ما قبضت من نجومهِ الفاسدة فقد أوصيتُ به لفلانٍ فتكون هذهِ وصيةٌ صحيحةٌ كما قلنا في الوصية بملكِ غيره إذا أضافَهُ إلى ملكه ويحكى هذا عن الشافعي رضي الله عنه، وقال الداركي: لا أعرفُ لهذا وجهاً، وقال بعض أصحابنا: أراد به إذا قبضتهُ وعتق بالصفةِ وما أخذ مثل قيمته، أو أقل فقد مَلكه فتصح الوصيّةَ بهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٣)]: «ولو أوصى برقبتِهِ وكتابَتَهُ فاسدةً ففيهَا قَولانِ».

إعلم أنه إذا كاتب عبدهُ كتابةً فاسدةً ثم أوصى برقبته فيه قولان منصوصان في «المختصر» أحدهما: تصح لأن ملكه لم يزل عن رقبته، والثاني: لا يصح قالَ المزني: الأشبَهُ بقوله أن يصح لما ذكرنا من العلةِ، وقالَ أبو إسحقَ: يحتمل أن يكونَ القولانِ إذا لم يعلم بفساد الكتابةِ فأمّا إذا علم بفسادها صحت الوصيةُ قولاً واحداً، وهكذا إذا باعَهُ بيعاً فاسداً ثم أوصى به فإن لم يعلم بفساد البيع هل تصح الوصيةُ قولان، وإن علم بفساده صحت الوصية [١٥٨/ب] قولاً واحداً، قال: ويحتمل أن تكونَ المسألةُ على قولين سواءٌ علم السيدُ أن الكتابةُ فاسدة، أو لم يعلم لأن الكتابة الفاسدة كالصحيحةِ في وقوع العتق بالأداءِ ويخالف هذا إذا باع بيعاً فاسداً ثم أوصى به، وهو يعلم أنه

---

(١) انظر الأم (٧/ ٤٠٧).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).

فاسد صحت الوصيةَ قولاً واحداً لأن البيع الفاسدِ ليس كالصحيح.

والصحيح الطريقة الأولى، لأن الشافعي نصَّ في «الأم»، فقال: فيه قولان: أحدُهما: الوصيةُ باطلةٌ إلا أن يقول: ليسَ بمكاتبٍ لأن كتابته فاسدةٌ، فأمّا إذا أوصى به وهو يراهُ مكاتباً، فالوصية باطلةٌ لأنه أوصى به وهو يَراه لغيره.

والثاني: جائزٌة في الوجهين جميعاً لأنه ليس بمكاتب ولا خارج عن ملكه بالبيع الفاسدِ فقد صَرّح الشافعي بأن القولين إذا لم يعلم بفسادهِ ونص أيضاً على أنه إذا أوصى بشيءٍ وهو لا يعلم أنه مالكه ثم عَلِم أنه كانَ قد ورثه فيه قولان، وهو أيضاً نصٌ صريح على مثلِ ما ذكرنا.

وأمّا إذا باع شيئاً وعنده أنه لغيره فإذا هو قد ورثه ولم يعلم نص الشافعي على بطلان البيع، قال أصحابنا: وفيه قولٌ آخر يصح البيع لأنهُ صادفَ ملكه، ولعلهم أخذوا هذا القولَ من الوصيةِ ومن أصحابنا من قالَ: البيعُ لا يصح قولاً واحداً بخلافِ الوصيةِ لأنها مبنية على الحظر بخلافِ البَيع.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «ولو قالَ: ضَعُوا عَن مكاتَبِي أكثرَ مَا بَقِيَ عليهِ وبِمثلِ نصفهِ».

الفَصْلُ

ذكر الشافعي[2] في هذا الفَصْلُ ثلاث مسائل ترك المزنيُّ الأولى منها لسهولتها ونقلَ [١٥٩/أ] الثانيةَ والثالثةَ والأولى هي أصلٌ للثانيةِ وصورة الأولى أن يوصي رجلٌ، فيقول: ضعوا عن مكاتبي أكثر ما بقي عليهِ من مالِ الكتابةِ فقد أوصى أن يوضع عنهُ نصفَ ما بقي عليهِ وزيادة لأن أكثر الشيء ما زادَ على نصفهِ فيضع عنه الورثَةُ نصفَ ما بقي عليه وزيادة ما شاؤوا من غير تحديدٍ بمقدارٍ.

والثانية التي نقلها المزني وصورتها أن يقول: ضعوا عنه أكثر ما بقي عليهِ من مال الكتابةِ ومثل نصفه فقد أوصى بأن يوضع عنه ثلاثة أرباع مال الكتابة وزيادة شيءٍ لأن أكثر ما بقي هو النصفُ وزيادة عليهِ ونصف ذلك يكون الرّبع وزيادة شيء، فإذا كانَ ألف درهم فأكثر ما عليه خمس مائة درهم وزيادة، وإن قلت: فيوضع عنه خمس مائة درهم إن شاءَ الورثةُ أن يكونَ الزيادة درهماً ويوضع عنه مائتان وخمسون ونصف درهم، وهو النصف. جملة الموضوع عنه سبع مائة وخمسون ودرهم ونصف درهم، والباقي علَيهِ.

ولو زادَ على ثلاثةِ أرباع المالِ درهماً كفى ولا يلزمُهُ مثل نصف ذلكَ الدرهم وصار كأن الزيادة على النصف كانت بثلثي درهم والزيادة الثانية بثلثِ درهم.

والثالثة، أن يقول: ضَعوا عنه أكثر ما بقي عليهِ ومثلهُ فقد أوصى بأن يوضع عنه زيادة على مال الكتابةِ لأن أكثر ما بقي هو النصف وزيادة ومثل ذلك يكون نصفاً وزيادة، فيكون الجميع أكثر من مال الكتابةِ فتصح الوصيّةُ بمالِ الكتابةِ وتبطل في

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).
(٢) انظر الأم (٧/ ٤٠٨).

الزيادةِ لأنها وصية بمال لا يملك ولا يمكن أن يوضع إلا ما عليهِ [١٥٩/ب].

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(١)]: «ولو قالَ: ضَعُوا عنهُ ما شاءَ».

الفَصْلُ

نقل المزنيُّ: أنه لا يجوز أن يشاءُ جميع ما عليهِ بل يحتاج أن يبقى منه جزءاً، وإن قل، ونقل الربيعُ عن «الأم»[(٢)]: أنه إذا قال: ضَعوا عنه من كتابته ما شاءَ فشاءَ كلها لم يوضع عنه حتى يبقى منها شيئاً، فقيد بقوله من كتابته، واختلفَ أصحابنا في هذا فمنهم من قالَ: الصحيحُ ما نقلَهُ الربيع، وإنما يوضعُ البعض إذا قالَ: ضعوا عنه من كتابتِهِ شيئاً لأن «من» تقتضي التبعيضَ، فأمّا ما نقلهُ المزني، وهو إذا قالَ: ضَعوا عن مكاتبي ما شاءَ، فإذا شاءَ الكل وضع عنهُ لأنه علق ذلك بمشيئتِهِ مطلقاً، وقالَ أبو إسحاق: الكلامان معاً صحيحانِ، أمّا ما نقلهُ الربيع فصحيحٌ على ما ذكرنا، وأمّا ما نقله المزني فله وجهٌ صحيحٌ، وذلكَ لأنه لو أرادَ وضعَ جميع مال الكتابةِ لقال: ضعوا عنه جميع مال الكتابةِ فلما قال: ضعوا عنه ما شاء كان معناهُ ما شاءَ من كتابتِهِ فحمل على ذلكَ، وقيل: معناه في التقديرِ: ضَعوا عنه ما شاءَ مما عليه، أو من مالِ الكتابةِ، فإنه لا يصح إلا هكذا فكأن كلمةُ «من» مُضمرة فيه، وهكذا قالَ القاضي الطبريُّ، وقالَ صاحب «الإفصاح» إذا قالَ: من مال كتابته فهو كما قال في «الأم»: وإذا لم يقل ذلكَ، وأطلق كما نقل المزني: فيه وجهان، وقال القفالُ: غلط المزنيُّ وترك كلمة «من» ولا بدّ من ذلك ليصح ما ذكر من الجوابِ.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»[(٣)]: ولو قالَ: ضَعوا عن مكاتبي بعض كتابتِهِ أو بعض ما عليهِ وضعوا عنه ما شاؤوا من كتابتِهِ، وإن قلّ وإذا وضعوا قدراً، وإن كثر [١٦٠/أ] يكون ذلكَ بوصيّتِهِ ولا يقالُ: الزيادةُ على الواجب تبرّعٌ من جهة الوارث لأن لفظ الموصي يحتمل ذلكَ ولهم أن يضعوا ذلكَ عنه من آخر نجومِهِ، أو أولها كما يوصي لرجلٍ بدين عليهِ من دين حال، أو بأجلٍ وضعوا عنه إن شاءَ من الحالِ وإن شاءَ من المؤجل.

فَرْعٌ آخرُ

ولو قالَ[(٤)]: ضعوا عنه نجماً من نجومِهِ، أو بعض نجومِهِ لم يكن لهم أن يضعوا عنه نجماً، ولهم أن يضعوا عنه أي نجم شاؤوا.

فَرْعٌ آخرُ

قال: ولو قال[(٥)]: ضعوا عنه ما يخف من كتابته، أو ضعوا عنه ما يثقلّ عليه من كتابته، أو ضعوا عنه جزءاً من كتابتِهِ، أو ضعوا عنه كثيراً من كتابته، أو قليلاً من كتابتِهِ، أو ذا بالٍ من كتابتِهِ، أو غير ذي بالٍ كان إليهم أن يضعوا عنه ما شاؤوا لأن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٥).
(٢) (٣) انظر الأم (٧/ ٤٠٨).
(٤) انظر الأم (٧/ ٤٠٧).
(٥) انظر الأم (٧/ ٤٠٨).

القليل يخفف عنه من كتابتِهِ، ويثقل عليه مع غيره في كتابته ويكون كثيراً وقليلاً.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ[(١)]: ولو أوصى له بنجم من كتابتِهِ وكانت نجومهُ مختلفةً كان ذلكَ إلى الورثةِ يعطونه أيّ نجم شاؤوا متقدماً، أو متأخراً أقل النجوم مالاً أو أكثرها، ولو قالَ: ضعوا عنهُ أكبر نجومهِ أو أكثر نجومهِ وضع عنه أكثرها مقداراً لأن الأكبر لا يعبر عنه عن طول الأجلِ لأنه لا يقال: أجلٌ كبيرٌ وصغير، وإنما يقال: أجل طويل وقصيرٌ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ[(٢)]: ولو قالَ: ضعوا عنه أوسط نجومهِ، فإن كانت ثلاثةً وكانت متفقة الآجالِ والمقدار وُضع الثاني، وإن كانت أربعةً كانوا بالخيار بين أن يضعوا الثاني أو الثالث لأن لَهُ أوسطين، وإن كانت خمسةً وضعوا الثالث، وإن كانت مختلفةً في [١٦٠/ب] الآجالِ والمقدار مثل أن يكونَ **أحدهما** مائة والآخر مائتين والآخر ثلاثمائة ويكون أحدها إلى شهرٍ والآخر إلى شهرين والآخر إلى ثلاثة أشهر، كانوا بالخيار بين أن يضعوا الأوسط من الآجالِ والمقدار والعدَدِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ المكاتب: أرادَ السيدُ في المقدار، وقالَ الورثةُ بل أرادَ في العَددِ، فالقول قول الورثةِ أنهم لا يعلمونَ ما أراد والخيار إليهم وعليهم اليمينُ، وهكذا الحكم إذا قالَ: ضعوا عنه نجماً من أوسطِ نجومهِ ولا فرقَ بين العبارتين.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو قال لمكاتبه: إذا عجزتَ بعد موتي فأنت حرٌ عتق بعجزه بعد الموتِ لأنه لا يمتنع أن يكونَ الموت صفة في وقوع العتق كالتدبير، قال أصحابنا: ويصح مثله في قولِ السيد لعبده: إذا دخلت بعد موتي الدار فأنتَ حرٌ أن يعتق بموت السيدِ بدخولها لأن الصفةَ المطلقةَ تقتضي حال الحياة، وإذا قيدها بما بعد الموت تعلقت به، وقالَ صاحب «الحاوي»[(٣)]: وفي هذا نظرٌ عندي، وفرّق بينه وبين مسألة المكاتب لأن العبدَ موروث فجاز أن يعتق المكاتب بالعجز لبقائه على حكم ملك السيدِ، ولم يعتق العَبْدُ بدخولِ الدار لخروجهِ عن ملكِ السيدِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: لو ادعى العجز في هذه المسألة فإن كانَ قبل حلول النجم لم يعتق لأن العجز وقت الاستحقاق، وإن ادعى بعد حلولِ النجم أنه عاجزٌ اعتبر ما بيده فإن كانَ معهُ مالُ النجم لم يعتق لأنه ليس بعاجزٍ وإن جاز أن يعجز نفسَهُ لأنه علق عتقه بالعجز لا

---

(١) انظر الأم (٧/ ٤٠٨).
(٢) انظر الأم (٧/ ٤٠٨).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٨/ ٣٠٧).

بالتعجيز، وإن لم يكن بيده مالٌ، فالظاهرُ عجزُهُ، [١٦١/أ] فيكون القولُ قوله مع يمينه في التعجيز إن كذبته الورثةُ لأنهُ أمرٌ يتعلق بهِ، فالمرجع إليهِ، فإذا حلفَ عتق ولو عجز عن آخر النجومِ، وقدر على الأول، **والثاني**: كان عجزاً يعتق بهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو كاتب عبداً غائباً وعبداً حاضراً فقبل الحاضرُ لنفسهِ وعن الغائب لم يجز، وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا لا يصحُّ لأنه لم يأذن له الغائب بذلكَ فلا يصحُّ.

فَرْعٌ آخرُ

لو كاتبهُ على زقاق خمرٍ فلو عجلَ دفعها إلى السيد قبل حلول النجم، قالَ بعض أصحابنا فيه وجهان، وإلا ظهر أنه لا يعتق لأن في الكتابةِ الفاسدةِ يعتق بالصفةِ والصفةِ عند حلول النجمِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: إن شفى الله مريضي فعبدي مكاتب لا يكون شيئاً إلا أن يقول: كاتبُ عَبدي.

فَرْعٌ آخرُ

لو حَلَفَ لا يبيعُ عبدَهُ فكاتبه لا يحنثُ لأنه لا يُسمّى بيعاً في العرفِ وقيل: فيه وجهٌ آخرُ يحنثُ لأنه بيع رقبته منه في الحقيقةِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا كاتبَ عَبدهُ المرهون لا يجوز وكذلكَ إذا كاتب عبده المؤجر لا يجوز لأن الرهن يقتضي البيع والكتابة تمنع البيع والكتابة تقتضي التمكين من التصرف، والإجارة تمنع ذلك.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ بعض أصحابنا: يجوز كتابة أم الولد والمدبر لأنه عتق بصفةٍ يجوز أن يتقدم الموت فجاز في المدبر وأم الولدِ بالعتق المعلقِ بدخول الدارِ، وقالَ ابن أبي أحمد في «التلخيص»: أم الولد في جميع أحكامه كالأمةِ إلا في أربع مسائل، لا يجوز بيعها ورهنها وهبتها وكتابتها، ولا يجري فيها الوصايَا [١٦١/ب] أو المواريث، قالَهُ في البيع نصاً وقلته في الباقي تخريجاً، وقال القاضي الطبري: قالَ في «الأم»: ولا تخالف أم الولد المملوكة في شيء إلا أنه لا يجوز لسيدها بيعها ولا إخراجها من ملكه بشيء غير العتق، وهذا يدل على أنه يجوز له أن يكاتبها، قالَ: ومن أصحابنا من خرج في جواز كتابتها وجهاً آخرَ أنه يجوز ولأن الشافعي نص أن المكاتبة إذا حبلت من سيّدها لم تبطل الكتابةُ، وقالَ الداركي: فيه وجهان، وهذا كلهُ تخليطٌ، والفَرقُ بين استدامةِ الكتابةِ وابتدائها أن الاستدامة أقوى من الابتداءِ، وقد أجمع أصحابنا على أن الإحبال يمنع ابتداءَ الرهن ولا يمنع من استدامته في أحد القولين، ولا يجوز كتابة أم الولدِ على ما أشار إليهِ في «الأم»، وهذا أصح عندي لأن الكتابةَ اعتياضٌ عن رقبتها، ولا يجوز ذلكَ كالبيع والمشهور عند أصحابنا بخراسان جواز

كتابتها وكذلكَ عند أكثر أصحابنا بالعراق والتحقيقُ ما ذكرنا والله أعلم.

فَرْعٌ آخرُ

ذكره والدي رحمهُ الله إذا أدّى المكاتب المعيّب إلى سيده ولم يبقَ عليهِ شيءٌ فقبل معرفة السيدِ بالعيب شهد المكاتب عند الحاكم هل تقبل شهادتهِ؟ يحتمل وجهين، فإذا لم يقبلها وردها فعادَ بعد الرضا بالعيب، وأعادَ الشهادةَ هل يقبل هذا المعاد أم لا؟ يحتمل وجهين.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ لعبده: أتَ حرٌ مثل هذا العبد، وأشارَ إلى عبدٍ آخرَ يحتمل أن لا تقع الحريّةُ لأن حريّةَ البدن غير الحرية في المشتبه به، فيعلم أن القصد بهِ حرية الخلق وهذا يشبه ما يقول: إذا قالَ: أنت أزنى من فلانٍ لم يكن قاذفاً [١٦٢/أ] إلا أن يقولَ: فلانٌ زانٍ، وأنتَ أزنى منهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبده: أنتَ حرٌ مثل هذا وأشار إلى عبدٍ، ولم يقل: هذا العبد احتمل أن يعتقا والأصحُّ أنهما لا يعتقان لأن عتق المشبه به لم يثبت حتى يعتق هذا بتمثيله بهِ، وهو قياس ما ذكرنا في القدفِ سواءً.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ: فلانٌ أخي ثم [قال:] أردت بهِ الإخوةَ من الرضاع يجب أن يقبل لأن اللّفظ وإن كان محتملاً فالأظهرُ من محتمليه هو الإخوةُ من جهة النسبِ ولا يقبل قولُ أحدٍ فيما يخالفُ ظاهر كلامهِ، ولهذا لما ذكر الله تعالى المحرمات في القرآن قيد الأمهات والأخوات بالرضاع لما قصد ذكرهن ولم يقيد أمهات النسب وأخواته بذكر النسبِ، ولهذا نقولُ: لو قال أردت بهِ الإخوةَ بالإسلام لم يقبل، وإن كان الله تعالى قد قالَ: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠]، ويحتمل أن يقبل ذلكَ عندي لأن الناس يسمونه أخاً مطلقاً في بعضِ البلادِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أوقع العتق على بعضِ مملوكهِ سَرى إلى الباقي إذا كان قابلاً للعتق إلا في مسألةِ ذكرها بعض أصحابنا، وهي: إذا وكل آخرَ بأن يعتق عبدَهُ كلهُ فأعتق الوكيل نصفَهُ، ففي وقوع العتق على النصف وجهان: أحدهما، لا يقع، والثاني، يقع وبه، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد.

والثاني: لا يعتق إلا النصف ويبقى نصفه لإعتاق المالك، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه قد يستسعى في الباقي، وهذا الوجهُ ضعيف على أصلنا لأن إعتاق الوكيل عنه كإعتاقهِ بنفسهِ فلما امتنع التبعيضُ هناك كذلكَ ههنا.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ لأخرَ: [١٦٢/ب] أنتَ تعلم أن العبدَ الذي في يدي حرٌ حُكم بحريّتهِ، ولو

قالَ: أنتَ تظن أنه حرٌّ لم يحكم بحريته، والفرقُ أنَّ في الأولِ لو لم يقل بالحريةِ أدّى إلى أن لا يكون المقول عالم بحريتهِ، والسيدُ معترفٌ بعلمهِ بذلكَ، فأوقعنا الحريّة ليتحقق هذا المعنى، وفي المسألةِ الثانية إذا لم يوقع الحريّة لم يخرج المقول له من أن يكونَ ظاناً لجواز أن يظن الإنسان الشيءَ على خلافِ ما هو بهِ ومثل هذا في العِلم لا يصح.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ لآخر: أنت ترى أن العبدَ الذي في يدي حرٌّ احتمل أن لا تقع الحرية ويحتملُ أن تقع الحريّة ويحتمل الرؤية ههنا علم العلم كما قال الشافعيُّ رضي الله عنه إذا قال لامرأته: إن رأيت الهلال فأنت طالقٌ حنثَ أذا رَآهُ غيره وتحمل الرؤية على العلم.

فَرْعٌ آخرُ

رجلٌ ضربَ عبدَ غيره، فقال صاحبُ العبدِ للضاربِ معاتباً له على الضربِ عبد غيرك حرٌّ مثلك هل تقع الحرية بهذا القول؟. قال والدي رحمهُ الله: عندي أنه لا تقع الحرية لأنه لم يعين عبدَهُ. واللّفظ محمولٌ على عبدٍ واحدٍ من عَبيد الدنيا كبير عنه مع أنه اعترافٌ بالحريّةِ وهو مناقضٌ لأنه وصفَهُ بكونه عبداً حراً، فهو كما لو قال: عبدي لفلان لا يكون إقراراً لما فيه من التناقضِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ بعض أصحابنا بخراسان: إذا أوصى لعبده بثلث مالهِ فيهِ ثلاثةُ أوجهٍ أحدها: بطلت الوصية، والثاني: تصح بثلث نفسه فقط، والثالث: تصحُّ بجميع ثلثهِ ويقدّم نفسَهُ عليهِ [١٦٣/أ].

بَابُ عتق أمّهاتِ الأولادِ

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): وإذا وطيءَ أمتَهُ فولدتْ ما تبينَ أنهُ مِن خلقِ الآدميينَ».

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا وطيء أمتَهُ فولدت ولداً منه، فالولدُ حرٌّ لأنها علقت في ملكه وتسري حرمة الحرية إلى الأم، فتصير أم ولدٍ له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا التصرف فيها بشيء من أنواع التصرفات، ولكن يجوز التصرف في منافعها بالوطيء والاستخدام، فإذا مات السيدُ عتقت بموته وبه قالَ عمر وعثمان وعائشة رضي الله عنهم، وسعيد بن المسيّب والحسن ومالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام والليثُ بن سعدٍ وأهل مصرَ وأحمد وإسحاق وكافّةُ أهل العلمِ.

ورُوي عن جابرٍ وعبد اللَّهِ بن الزبير، وبه قالَ داود والشيعةُ يجوز بيعُ أم الولد، وروى الحجازيون عن علي رضي الله عنهُ أنه حرَّم بيعها، وروى العراقيون عنه جوازه، وروى الشيعةُ عن ابن سيرين عن علي رضي الله عنه، أنه قالَ: اقضوا في أمهات

---

(١) انظر الأم (٥/٢٨٦).

الأولاد بما كنتم تقضون فإني أكرهُ أن أخالف أصحابي يعني أبا بكرٍ وعمرَ وعثمان رضي الله عنهُم وروي عن عبيدة قال: بعث إلي علي رضي الله عنه وإلى شريح أن اقضوا ما كنتم تقضون في أمهات الأولادِ فإني أكره الاختلافَ.

وروي عن عبيدة السلماني أنه قالَ: سمعتُ علياً رضي الله عنه يخطبُ، فقالَ: إن عمرَ شاورني في أمهات الأولادِ فأجتمع رأيي ورأيه أن يعتقن فقضى عمرُ بذلكَ، [١٦٣/ ب] ثم ولى عثمان فقضى بذلك حياتَهُ ثم وليت فرأيتُ أن أرقهن، فقالَ لَهُ عبيدة: رأيي عدلين في جماعةٍ أحبُ إلي من رأي عدلٍ[١]. وفي روايةٍ عن علي رضي الله عنه، قالَ: اجتمعَ رأيي ورأيي عمرَ على أن لا تباع أمهات الأولاد، وأنا أرى الآن أن يبعن، فقال له عبيدة السلماني: رأيك مَعَ الجماعةِ أحبُ إلينا من رأيك وحدكَ في الفرقة فمن أصحابنا من قالَ: رجع عن ذلكَ ومنهم من قالَ: لم يرجع عن ذلكَ ولكن العصرُ الثاني: أجمعوا على أنها لا تُباع ويرتفع الخلافُ السابق في أحدِ القولين.

وروى عبد الله بن قارب الثقفي أنه اشترى رجلٌ جاريةً بأربعة آلافٍ كانت قد أسقطت من مولاها سقطاً، فبلغ ذلكَ عمرَ رضي الله عنه، فأتاه بالدرة ضرباً وقال: بعدما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن بعتموهن وأكلتم أثمانهن لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم أن يأكلوها فباعوها وأكلوا أثمانها، وعن ابن عباسٍ رضي الله عنهما روايتان: إحداهما، أنه قالَ: هي كشاتكَ أو بعيركَ، والثانية، أنه قال: تجعل في سهم الولدِ وتعتقُ عليه، وروي عن سلامة بنت مغفلٍ، فقالت: كنت للخباب بن عمروٍ، فمات ولي منه غلام فقالت امرأته: الآن تباعينَ في دينه فأتيت رسول الله ﷺ، فذكرتُ ذلكَ له، فقال ﷺ: «من صاحبُ تركة الخباب»، فقالوا: أخوهُ أبو اليسر كعب بن عمروٍ فدعاهُ رسول الله ﷺ، فقال: «لا تبيعوها وأعتقوها، فإذا سمعتم برقيقٍ قد جاءني فأتوني أعوضكم عنها»، ففعلوا[٢] فاختلفوا فيما بينَهم بعد رسولِ اللَّهِ ﷺ، [١٦٤/ أ] فقالَ قومٌ: أن أم الولد مملوكةٌ لولا ذلكَ لم يعوضهم رسولُ اللَّهِ ﷺ، وقالَ بعضهم: بل هي حُرَّةٌ أعتقها رسول الله ﷺ، ففي ذا كانَ الاختلافُ. وروي فرفع خوات إلى رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «لا تباع وأمر بها فأعتقت»[٣]. وروي عن قتادة أنه قال: إن عمرَ وعُمر يعني عمرَ بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز أعتقا أمهات الأولادِ ومن بينهما من الخلفاءِ[٤].

واحتجوا بما روي عن جابر رضي الله عنه، قال: كنّا نبيعُ أمهات أولادنا ورسول الله ﷺ بين أظهرنا إلى أن نهانا عنه عمر رضي الله عنه فانتهينا[٥].

وروي عن جابر وأبي سعيدٍ الخدري رضي الله عنهما أنهما قالاَ: كنا نبيع أمهات

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٦٧)، وفي «معرفة السنن» (٦١٣٤).
(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٥٣)، والبيهقي في «الكبرى» (٢١٧٧٧)، وفي «معرفة السنن» (٦١٣٦).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٧٨)، وفي «معرفة السنن» (٧/ ٥٦٥).
(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٧٦). (٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٩١).

الأولاد على عهدِ رسول الله ﷺ(١).

ودليلنا أن النبي ﷺ قالَ عند موتِهِ: «ما أخلفَ ديناراً ولا درهماً، ولا عبداً ولا أمةً»، قالت عائشة رضي الله عنها، فمارية، فقالَ: «تلك أعتقها ولدُها».

وقال الوليد بن عبد الرحمٰن عهدَ النبي ﷺ إلى عليّ رضي الله عنه أن أمَّ إبراهيم حُرَّةٌ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ، قال لأم إبراهيم حين ولدت: «أعتقها ولدُها»(٢). وروى ابن عباسٍ رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «أيما أمةٍ ولدت من سيدها فهي حُرَّةٌ»(٣)، وروي: «فهي معتقة من دبرٍ منهُ»(٤)، وروى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قالَ: «أم الولد لا يبعن ولا يوهبن [١٦٤/ب] ولا يورثن، ويستمتع بها سيدها ما بدا له فإذا ماتَ فهي حُرَّةٌ».

وقالَ الإمام أحمد البيهقي(٥): هذا رواه ابن عمرَ عن عمرَ وغلط من رفعه إلى رسول الله ﷺ، وروى ابن عباسٍ رضي الله عنه، قالَ: أعتق رسول الله ﷺ أمهات الأولاد، وقال: «لا يبعن في دينٍ، ولا يجعلن في وصيّةٍ».

وأمَّا خبرهم فليس فيه أن النبي ﷺ علم ذلكَ فأقرهم عليهِ، ويحتمل أنه نهى عنه بعدَ ذلكَ ولم يبلغها النهي ويبلغ عمر ومن تابَعَهُ، فأجمعوا على تحريم بيعهن.

وقال الإمام أحمد البيهقي أقوى شيءٍ فيه إجماعُ الخلفاءِ، أو نحمله على الاستيلاد برفع النكاحِ.

ورفع إلى شريح رجلٌ تزوج أمةً فولدت له أولاداً ثم اشتراها فرفعهم شريح إلى عبيدة، فقالَ عبيدة: إنما تعتق أم الولد إذا ولدتهم أحراراً، فإذا ولدتهم مملوكين، فإنها لا تعتق وبهذا أجاب الشافعيُّ، وقالَ: لأن الرق جرى على ولدها لغيره.

فإذا تقرر هذا نقولُ: قال الشافعيُّ رضي الله عنه: ولا تخالف أم الولد المملوكة في شيء إلا أنها لا تخرج من ملكه في دينٍ ولا غيره.

وهي في ثلاثة أحكام كالحرّة في البيع والرهن والهبة، وفي الكتابةِ خلاف ما ذكرنا وهي في ستة أشياء، كالأمةِ في ملك أكسابها ونفقتها ووطئها وفي العدة وشهادتها والجناية عليها، وتخالف الحرة في جنايتها خطأً فإن أرشها على السيد وفي تزويجها اختلافٌ على ما ذكرنا في كتابِ النكاحِ.

وإذا تقرر هذا ففيهِ مسائلُ، أحدها: أن تعلق بولدِ حر في ملكه فتصير أم ولدٍ بلا

---

(١) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٦١٣٧)، وفي «الكبرى» (٢١٧٩٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٨٢)، وقال: أبو بكر بن أبي سبرة ضعيف لا يحتج به، وأخرجه في «معرفة السنن» (٦١٣٥).

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٢)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ٢٠٩)، والبيهقي في «معرفة السنن» (٧/ ٥٦٤).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٨١).

(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٦٥).

خلافٍ [١٦٥/أ] إلا في مسألة واحدةٍ وهي الراهنُ إذا أحبلَ جاريتَهُ المرهونة، فإنها لا تصير أم ولدهِ في أحد الأقوالِ على ما ذكرنا في كتاب الرهن.

والثانية: أن تعلقَ بولدٍ مملوكٍ في غير ملكٍ بأن يتزوج أمةً فأحبلها فأتت بولدٍ يكون مملوكاً، فلا يثبت للأم حكم الاستيلاد بحالٍ خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله إلا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي المكاتب يستولد أمته يثبت له حكم الاستيلاد في أحدِ القولين، وإن كانَ الولد مملوكاً، والفَرقُ أنه قد ثبت لهذا الولد حكم الحرية، فإنهُ مكاتب على والدهِ وإن كانَ مملوكاً في الحالِ، وفي الولدِ الحاصل من النكاح لم يثبت حكم الحرية أصلاً، فلا يثبت لأمه حكم الاستيلاد كما لو استولدها بالزنا.

والثالثة: أن تعلق بحرٍّ في غير ملكه فهل تصير أم ولده فيه قولان ذكرناهما في مواضعَ.

فإذا تقرر هذا ينظرُ فإن أتت بولدٍ تام الخلقة، إمّا حيّاً وإما ميّتاً تعلق بولادتهِ أربعة أحكام، وهي أن تصير أم ولده وتجب فيه الغرةُ بالجنايةِ، إن كانَ حراً أو عشر قيمة أمهِ إن كانَ مملوكاً وتجب فيه الكفارةَ وتنقضي به العدةُ.

وإن أتت بولدٍ ظهرَ فيهِ شيءٌ من خلقهِ الآدمي، إمَّا يدٌ أو رجلٌ أو ظفرٌ ونحو ذلكَ يتعلق بهِ هذه الأحكامُ أيضاً، وإن وضعت جسداً ليس فيه تخليط، وقال القوابل: إن فيه تخليطاً باطناً تتعلق به هذه الأحكام أيضاً لأن المرجع فيهِ [١٦٥/ب] إلى القوابل اللاتي هن أهل المعرفة بذاكَ وقد شهدت بأنهُ ولدٌ.

وإن وضعت جسداً ليس فيه تخطيط ظاهرٌ ولا باطنٌ، ولكن قالت القوابلُ: بل هذا مبدأ خلق الآدمي ولو بقي لتخلق وتصوّر كانت بهِ أم ولدٍ أيضاً، فإن شككن فيهِ لم تكن به أم ولدٍ، هذا هو الطريق الصحيحُ، وهو الذي نصَّ عليهِ الشافعي، ونقلَهُ القاضي أبو حامدٍ ذكره القاضي الطبريُّ، وقالَ أبو إسحاقَ: لا تصير بهذا أم ولدٍ قولاً واحداً، قالَ أبو حامدٍ وهو ظاهرُ ما نصَّ ههنا لأنه شرط أن يتبين فيهِ من خلقةِ الآدميّ، وهذا أصح عندي لأنه لا يُسمّى ولداً فلا تصير به أمَّ ولدٍ؟، ومن أصحابنا من قالَ: فيه قولان، ونص الشافعي في العدةِ، على أن العدةَ تنقضي به، وقد شرحنا هذا في كتاب العدة وذكرنا ما قيل فيه من الطرقِ.

فَرْعٌ

لو نظرَ إليهِ من الرجالِ من لهُ بصيرة وعلم ذلك قبلنا فيه قول رجلين وإنما نصَّ الشافعيُّ على النساءِ لأنّ الرجال قلما يعلمون ذلكَ وليس ذلكَ تحتمُّ ولكن هو الأولى والعدالةُ شرطٌ في النساء وفي الرجالِ الذين رجعنا إلى قولهم.

مَسْألَةٌ: قالَ[١]: «فإذا ماتَ عتقتْ مِن رأسِ المالِ».

إذا ماتَ سيدُ أم الولدِ، فإنها تعتقُ بموته من رأسِ المالِ بدليل ما روي أن مارية القبطية

---

(١) انظر الأم (٥/٢٨٦).

لمَّا أتت بإبراهيم ابن النبي ﷺ قالَ ﷺ: [١٦٦/أ] «أعتقها ولدها» أي أثبت لها حرمة الحرية وحقها ولم يرد به أنها عتقت في الحقيقة، ولا فرق بين أن يحبلها في الصحة أو في المرض لأنها بمنزلة ما يستمتع به من المأكول والطيب واللباس ونحو ذلك ولا فرق بين المديونِ وغيره لأن الاستيلاد لما تحقق صار كالاستهلاك بخلافِ التدبير، ولهذا جازَ بيع المدبّر دون أم الولدِ، وقد روي أن عكرمة سئل عن أمهات الأولادِ فقال: هن أحرارٌ، قيل له: بأي شيء تقوله، قالَ: بالقرآن، قالوا: بماذا قالَ: قالَ الله تعالى: ﴿أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩]، وكان عمرُ رضي الله عنه من أولي الأمرِ، قالَ: أعتقت وإن كانَ سقطاً وروي عنه أنه قالَ: «أعتقها ولدها وإن كانَ سقطاً»[١].

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٢]: «وولدُ أمِّ الولدِ بمنزلتِهَا».

أم الولدِ إذا أتت بولدٍ لا يخلو، إمَّا أن تأتي به من سيدها أو من غيره، فإن كانَ من سيّدها، فهو حرٌ لأن الأول أتت بهِ وهي مملوكةٌ، وكان حراً فهذا الولدُ الثاني وقد ثبت لها حق الحرية أولى أن يكونَ حُراً ولا يثبتُ الولاءُ على هذا الولدِ والاعتبار بالأم في رقِّ الولدِ وحريتهِ إلا في الاستيلاد فإن الولدَ في الحريّةِ تبع الأب لا تبع الأمِ، وإن أتت به من غيره، إمّا من زوجٍ أو من زنا. وقول الشافعي من حلالٍ أرادَ بهِ من زوج فإنه يثبت له الحرية مثل ما يثبت لها وتعلقَ عتقه بموت السيد، فلا يجوز له التصرف فيهِ [١٦٦/ب] بما لا يجوز في الأم لأن الولدِ تبعٌ للأم في الرقِّ والحريةِ وفي سَبب الحريّةِ إذا كانَ مُستقراً، ثم ينظر فإن ماَت السيدُ عتقت الأمُ والولد بموتهِ، وإن ماتت الأم قبل موت السيدِ، فقد بطل حكم الحُرّيةِ فيها، وبقي ذلكَ الحكم في الولدِ، فإذا مات السيد عتق بموتهِ من رأس المالِ لأن الحكم ثبت له ثبوتاً مستقراً فلم يبطل بموت الأم.

ولأن عتقه غير موقوفٍ على عتق أمّه ولكن يوقف عتقه وعتق أمهِ على موت السيد، فإذا مات السيد بقي من بقي من الولد كجماعةٍ من المماليك تعلق عتقهم بوصفٍ، فمات بعضهم ثم وجدَ الوصف وبهذا يخالفُ ولد المكاتبة إذا عجزت نفسها وفسخت الكتابة، فإن ولدها يرقُّ لأن أداء المال يسقط بفسخ الكتابةِ، وذلكَ العتق معلقٌ بصفةِ أداءِ المال، فإذا سقطت الصفةُ سقط العتق في الأمِ والولد جميعاً، وقد روي عن ابن عمرَ رضي الله عنهما أنه قالَ: إذا ولدت الأمَةُ من سيدها فنكحت بعدَ ذلكَ فولدت أولاداً كان ولدها بمنزلتها عبيداً ما عاش، فإن ماتَ فهم أحرارٌ[٣].

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٤]: «ولو اشترى أمرأتَهُ وهيَ أمةٌ حاملٌ منهُ، ثمَّ وضعتْ عندَهُ عتقَ ولدُها منه».

الفَصْلُ

إذا اشترى زوجتَهُ وهي حامل فولدت عنده، فإن الولد يكون لسيد الأمة، وقد ملك

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٩٨)، وفي «معرفة السنن» (٨/ ٥٦٤).

(٢) و(٤) انظر الأم (٥/ ٢٨٦). (٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٨٠٠).

ولده فعتق بالملكِ ولم يُرد بهِ الشافعي أنه يعتق يوم الوضع بل حكمنا بعتقه من بطنها يوم اشتراها حاملاً، وإنما هو توسع في العبارة ويثبت عليهِ الولاءِ.

وإن ولدت ثم اشتراها وولدها فأولى أن يعتق الولد، [١٦٧/أ] وأما الأمُ، فلا تصير أم ولدٍ لَهُ أبداً حتى تحمل منهُ وهي في ملكهِ وبه قالَ أحمدُ، وقال أبو حنيفة: تصير أم ولدٍ له لأنها علقت بولدٍ ثابت النسب منه، وقالَ مالكٌ: إن اشتراها وهي حاملٌ، فولدت عنده في ملكه تصيرُ أم ولد لهُ، وإن اشتراها بعد أن ولدت لا تصير أم ولد لَهُ. ودَليلُنا: أنها علقت بولدٍ مملوكٍ، فلا تصير أم ولدٍ له كما لو علقت بالزنا، وقد بيّنا أنه لو ملكَ ولد الزنا لا يعتق عليهِ خلافاً لأبي حنيفة.

ثم قال الشافعي[١] رضي الله عنهُ: فإن أصابها بشبهةٍ فعلقت منه ثم ملكها لم تكن به أم ولدٍ، وقد ذكرنا أنه أحد القولين.

ولو كان بين رجلين أمةً فأصابها **أحدهما** فعلقت قد ذكرنا فيما تقدم حكمه ونشير في هذا الموضع، فنقول: إن كانَ معسراً فعليهِ نصف قيمةِ ولده ونصف مهر مثلها، وإن كان مُوسراً، فعليهِ نصف قيمتها لشريكه وكلها أم ولدٍ له، وفي نصف قيمةِ الولدِ قولان، قال القاضي أبو حامدٍ: لا يلزمهُ في أولاهما لأنه أتلف حق شريكه منها بالعلوقِ قبل أن يكونَ للجنين قيمةٌ، وهذه العلّةِ لا تصح لأنه يوجب أن لا تجب أيضاً إذا كان معسراً لأنه أتلف حقَّ شريكه منه بالعلوقِ، قبل أن يكونَ للجنين قيمة وقد نصَّ على أنه يجب ذلك ولكن العلة صحيحةٌ فيهِ أنا جعلناها أم ولده في الحال، فيكون الوضع في ملكه فلا تجب قيمة الولد بخلاف ما إذا كان مُعسراً فإنها وضعت نصفَهُ في ملكه ونصفه في ملك شريكه لأن نصيب شريكه لم يصر أم ولدٍ لَهُ.

ثم قال: «وَلِلمُكَاتِب أَن يَبِيع أُم وَلَده»، وقد ذكرنا حكمه وعند أحمد لا يبيعها، وقالَ ابن أبي أحمد: [١٦٧/ب] لا تباع أم الولد إلا في ثلاثِ مسائل، إحداها: هذه، والثانية: أن يطأهَا فأولدها وهي مرهونة، والثالثة: إذا أحبلها بعدَ ما حنث وقد شرحناها فيما تقدم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٢]: «ولو أوصى رجلٌ لأمِّ ولدِهِ أو لمدبرِهِ».

الفَصْلُ

أمّا أم الولدِ، فالوصيّةُ لها تصح لأن الوصية تلزمُ بعدَ الموتِ وهي حرةٌ في تلك الحالةِ فيصح أن تملك بالوصية، وأمَّا المدبر والمدبرة، فالوصيةُ لهما تصح أيضاً لأنهما يعتقان بموتهِ، ولكن أم الولدِ تعتق بموت السيدِ من رأس المالِ ويعتبر خروج ما أوصى لها من الثلثِ، فإن احتمل جميعه نفذت الوصيّةِ فيهِ، وإن لم يحتمل نفذ في القدر الذي يحتمله الثلث، وأمّا المدبر والمدبرة فيعتبر قيمتهما، وفيه ما أوصى لهما بهِ من الثلث،

---

(١) انظر الأم (٧/ ٣٨٨).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٦).

فإن احتمل جميع ذلكَ نفذت الوصيّة، وإن لم يحتمل بدىء باعتبار قيمة المدبر فإن خرجت من الثلث نظر حينئذٍ فيما أوصى به فإن بقي من الثلث شيءٌ نفذ بقدرهِ، وإن لم يبق شيء من الثلث بطلت الوصية، وإن لم يكن يحتمل الثلث جميع قيمة المدبر عتق منه بقدر ما يحتمله الثلث وبطلت الوصيّةُ لَهُ.

مَسْأَلَةٌ قال(١): «ولو جُنتْ أمُّ الولدِ».

الفَصْلُ

إذا جنت أم الولدِ فالأرش يتعلق برقبتها وعلى السيّدِ أن يفديها لأنهُ منع بَيعها بإحبالها، ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرشُ بذمتها ويفارقُ هذا إذا كان له عبدٌ، أعتقه ثم جنى تعلق الأرش بذمته فيها.

فإذا تقرر هذا يضمن الأقل من قيمتها أو الأرش بخلافِ العبدِ القن في أحدِ القولين، فإنه يفديه بأرش الجنايةِ بالغاً ما بلغَ [١٦٨/أ] لأنهُ يمكن بيعه بخلافِ أم الولد فإن فداها السيدُ، ثم جنت ثانياً، فقد ذكرنا في كتاب الجناياتِ قولين: أحدُهما، أن الثاني يشارك الأولَ وعلل ههنا لهذا القول بأن إسلامه قيمتها كإسلامهِ بدنها لو كانت أمةً، قناً: فليس عليهِ سوى القيمة الواحدة.

ثم قالَ: ويدخلُ على هذا أن إسلامه قيمتها لو كانَ كإسلامه بدنها إلى الأول لزم الأولُ إخراجُ تلك القيمة بتمامها إلى الثاني إذا بلغ أرش الجنايةِ الثانية قيمتها كما لو سلم الجارية الجانية إلى الأول فجنت في يده جناية يستغرق قيمتها وَجبَ تسليمها إلى الثاني، والقول الأول أن السيد يغرم جنايتها، الثانية كما غرم الأولى واختار المزني هذا القول، وبه قال أبو إسحاق، وقَالَ: هذا أشبه بالحق عندي، ثم احتج المزني بحجةٍ أخرى للشافعي، فقالَ: «لَو كَانَ إِسْلَام قيمتهَا كَإِسْلَام بدنهَا لَوَجَبَ أَن تَكُونَ الجِنَايَة الثَّانِيَة عَلَى قِيمَتِهَا ولبطلت الشركة، وفِي إِجْمَاعِهِم عَلَى إِبْطَالِ ذَلِكَ إبطَال هَذَا القَول، وفِي إِبْطَالِه ثُبُوت القَول الآخَر إِذ لَا وَجْه لقول ثَالِثٍ، نعلمه عِنْدَ جَمَاعَة العُلَمَاءِ مِمَّن لَا يبيع أَمَّهَات الأَوْلَاد».

ثم قالَ: «وإِذَا افتكّها رَبُّهَا عَن الجنَايَةِ الأُولَى صَارَت بمَعنَاهَا المُتَقَدِّم لَا جناية عَلَيهَا وَلَا عَلَى سَيِّدهَا، فَكَيفَ إِذَا جنت لَا يَكون عَلَيه مِثل ذَلِكَ قِيَاساً؟»، فالجواب: أن السيّد في الجناية الأولى قد غرم جميع قيمتها لمنعهِ إياها عن البيع بالاستيلاد، والمنع لم يتكرر من السيّد بتكرر الجنايةِ كما يتكرر في العبد القن فكذلك لا يتكرر الغرم عليهِ، وإنما قلنا: لا يسترجعُ كل القيمةِ [١٦٨/ب] من الأولِ لأن الجناية الثانية لم تحصل في ملك الأولِ حتى يلزمه الفداءُ، أو التسليم، وإنما حصلت في ملك السيد، ولكن الجناياتُ سواءٌ في حق السيدِ، وهو ما ذكرنا من أن المنع واحدٌ فيها.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٦).

واحتج أيضاً بأن قالَ: «وَقَد مَلكَ المَجْنِي عَلَيهِ الأَرش بِحَقٍّ، فَكَيف يَجنِي غَيرَه وغير ملكه وغَير مَن هُوَ مِن عَاقلته فَيَجبُ عَلَيهِ غرمهُ أَو غرم شَيء مِنْه» وأرادَ بهذا أن المجني عليهِ الأول قد ملكَ الأرش بكمالهِ وهو قيمة أم الولدِ، فإذا جنت جناية أخرى لم يجز أن يسترجع منه بعض تلك القيمة بجنايةٍ حصلت من غيره وغير ملكه، وغير من هو من عاقلته ليحترز ذلك عن عبده إذا جنى وعن جميعه الذي هو من عاقلتهِ، والجوابُ أن نقول: نحن إذا سلمنا قيمةَ أم الولدِ إلى الأول، نقطع القول بأنها صارت مسلمةً له حيث لا يسترجعَ منهُ بعضها، ولكن حكمنا له معَ جواز نقص ذلكَ الملك، بمعنى عارض في بعض تلك القيمة ألا ترى أن الورثة إذا اقتسموا الميراث حكمنا لهم بالملكِ؟، ثم إذا وقعت بهيمة في بئرٍ حفرها مورثهم نقضنا ملكهم في التركةِ بجنايةٍ حصلت من غيرهم وغير ملكهم وغير من هو من عاقلتهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: «وإذا أسلمتْ أمُّ ولدِ النصرانيِّ».

الفَصْلُ

إذا كانَ للذمي أم ولدٍ فأسلمت لا تعتق عليهِ، ولا تباعَ ولا تستسعى، ولكن يحالُ بينَهُ وبينها وتجعل في يدِ امرأةٍ ثقةٍ ينفق عليها من كَسْبها، فإن فضل شيءٌ من كسبها كانَ لسيدها، وإن عجز عن نفقتها لزم السيّد تمامها، وبه قالَ أحمدُ وإسحاقُ وجماعةٌ، وقالَ مالكٌ تعتق بإسلامها [١٦٩/أ] ولا شيءَ عليها في إحدى الروايتين، وفي الرواية الثانية عنهُ أنها تباع عليهِ، وقال أبو حنيفة رحمه الله: تستسعى في قدر قيمتها، فإذا أدّت عتقت وهو روايةٌ عن أحمد، وقالَ أبو يوسفَ ومحمد: تعتق ثم تستسعى في قيمتها، وقال الأوزاعي: يعتق نصفها، وتستسعى في النصف الباقي، ودليلنا: أنه إسلام طرأ على ملكٍ فلا يقتضي عتقاً كالعبد القن إذا أسلم وقد دللنا على بطلانِ الاستسعاءِ.

فَرْعٌ

قالَ أبو إسحاقَ: إذا أرادت التزويج في هذه المسألةِ زوجها الحاكم، وكانَ للسيدِ مهرُها، وكذلكَ إن اختار تزويجها وكرهته هي غير أنه لا يزوجها فإنما يزوجها الحاكم، وتكون نفقتها على زوجها، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يجوز تزويجها؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يزوجها هو ولا الحاكمُ لأن ولاية التزويج لا تثبت إلا مع الموالاة في الدين، وهذا أظهرُ وهو اختيار القفالُ، والثاني: يزوجها النصراني لأنه يتصرّف بالملكِ، فلا يمنع اختلاف الدين، وما ذكرنا أصح.

فَرْعٌ

قالَ أبو إسحاق: هذه الجاريَةُ ما دامت مقيمة لا تتزوج فهي أحق بحضانةِ الولدِ، فإذا تزوجت صار الأبُ أحقُّ بالولدِ إلا أن يخاف الفتنة على دينهِ فيمنع من ذلكَ، وإذا

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٧).

كان طفلاً لا يعقل فهو أحق بهِ، قال الشافعي رضي الله عنه: فإن أسلم خلى بينهما لأن المنع إنما تعلق بكفره، فإذا أسلم زال المانع.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): «وإذَا تُوفيَ سَيِّدُ أم الوَلَدِ أَو أَعتَقَهَا فَلاَ عِدَّةَ».

لا تجب العدة عليها، ولكن يجب الاستبراءُ، فإن كانت [١٦٩/ب] من ذوات الأقراءِ، فإنها تستبرأ بقرءٍ واحدٍ، وبه قالَ مالكٌ وأحمد، وقال الثوري: تعتد بقرأين، وقال أبو حنيفة: تعتدُّ بثلاثة أقراءٍ، وقال إسحاق: يلزمها عدة الوفاةِ، وقد مضت هذه المسألةُ بشرحها في كتاب العدة وإن كانت من ذواتِ الشهور، ففيه قولان: أحدُهما: يلزمها شهرٌ واحدٌ لأن كلَّ شهرٍ في مقابله قرءٍ، والثاني: يلزمُ ثلاثة أشهرٍ وهو الأصح لأن براءة الرحم لا تعلم بدون ذلكَ لأن الولد يبقى في البَطن أربعين نطفةً وأربعين علقةً وأربعين مضغةً، فيتصور بعد ثلاثة أشهرٍ وينتفج جوفها، فيعلم أن بها حملاً، وقيل: ذلكَ لا يعلم واختار المزني القول الأول.

مَسْأَلَةٌ: قالَ المزني(٢): «وقد قطعَ في خمسةِ عشرَ كتاباً بعتقِ أمهاتِ الأولادِ، ووقفَ في غيرِهَا».

قالَ أبو إسحاقَ: ليس للشافعي في أم الولدِ إلا قولٌ واحدٌ أنها لا تُباعُ، والذي حكاهُ المزنيُّ إنما هو قولٌ حكاهُ الشافعي عن غيره وليس يتوقف منه فيه ولفظه في بعض المواضع لا يجوز بيعُها في قولِ من لا يبعها يشير بذلكَ إلى خلافٍ كان في السلفِ، وذلكَ الخلافُ اليومَ مهجورٌ، والفقهاءُ متفقون على منع بيعها فلا يكون هذا توقفاً فغلطَ المزني في هذا، وقيل: معناهُ توقف استيضاحاً لحكم الاجتهاد، وإفساد الدعوى للإجماع رداً على مالكٍ رحمهُ الله، فإنه ادعى بالاجماع في هذه المسألةِ بناءً على أصلهِ في أن الإجماع إجماع أهل المدينة فقط لأن علياً رضي الله عنه استجد خلافه في جواز [١٧٠/أ] بيعها بالكوفة بعدَ أن وافقَ أبا بكرٍ وعمرَ رضي الله عنهما بالمدينةِ، فلم يعتد مالك بخلافهِ بعد خروجهِ عنها، والشافعي يخالفهُ فيما يعتقده من الإجماع في تحريم بيعها، وفيما يراهُ من إجماع أهل المدينةِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٣): «وفي كتابِ النكاحِ القديمِ ليسَ لهُ أنْ يزوجَهَا بِغَيْرِ إذنِهَا».

في تزويج أم الولدِ ثلاثة أقوالٍ ذكرناها في كتاب النكاح، والأصحُّ أنه يجبرُها على التزويج، وبه قال أبو حنيفة، واختَارَهُ المزني، فإذا قلنا: بالقولِ القديم لا يزوجها أصلاً، فإن أذّنت، قد ذكرنا عن ابن أبي إسحاقَ والإصطخري أنهما قالا: لا يزوجها الحاكمُ على هذا القولِ لأن الحريّة إذا منعت ولاية المولى، وهو السيّدُ فلأن تمنع ولاية الحاكم أولى، وهذا يدلُّ على ضعف هذا القول، وأن الصحيح ما ذكرنا وإذا جوّزنا تزويجها فزوجها انقطع ملك السيّدِ عن استمتاعها ويحرم عليه وطئها، ويحل

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٧).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٨).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٨).

ذلكَ لزوجها ويلزمهُ المهرُ، ويكون ذلك للسيّدِ لأنه من جملة الكسبِ.

فَرْعٌ

لو أرادَ أن يزوج ابنةَ أم الولدِ، فهي كالأم فيها ثلاثةِ أقوالٍ: وإذا جوّزنا تزويجها يجوز أن يزوجها من غير استبراءِ بخلافِ أم الولدِ لأنها ليست فراشاً للسيّدِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو كانَ الولد غلاماً لم يكن للسيد إجبارُهُ على النكاح لأنه ليس بتكسبٍ فيجبره عليهِ بِخلافِ الأم، وليس لهذا الغلام أن يتزوج بغير إذن السيّدِ وفي جواز تزويجهِ بإذن السيّدِ وجهان، تخريجاً من الأقوالِ في أمهِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا وطىء أختَهُ من الرضاعةِ [١٧٠/ب] بملك اليمين يلزمهُ الحد في أحدِ القولين والتعزير في القولِ الآخرِ، والنسبُ يلحقهُ ويكون الولدُ حراً، وتصير الجاريةُ أمَ ولدٍ له بكل حَالٍ، وليس على أصلنا وطىءٌ يجب به الحدُّ، وتصير الجاريةُ أم ولده غير هذا الوطىء، وهكذا الكافر إذا وطىء أمتَهُ المسلمة قبل أن تباع عليهِ، هل يجبُ الحدُّ قولان وعلى كل حالٍ تصير الجاريةُ أم ولده لأنها علقت بحرٍّ في ملكه كالمسلم سواء.

فَرْعٌ آخرُ

أم الولد تضمن بالغصب خلافاً لأبي حنيفة وهذا على أصلهِ أن التضمين يوجب التمليك ولا يملك أم الولدِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ أحمدُ: إذا أحبل جارية ابنه تصير أم ولده ولا يلزمه قيمتها، ولا مهرها لأنه لا يضمن قيمة ولدها، وهذا لا يصح لأنه لو لم يحبلها لزمَهُ مهرها، فكذلك إذا أحبلها، ولأنه أتلفَ ملكَ غيرهِ فيستحيل أن لا يلزمهُ الضمان.

فَرْعٌ آخرُ

للسيدِ إجارة أم الولدِ على ما ذكرنا وحكي عن مالكٍ أنه ليس له إجارتها لأنَّهُ لا يبيعُها، فلا يؤجرها كالمكاتبةِ، وهذا لا يصحُّ لأنهُ يملكُ استخدامها فيملكُ إجارتها كالأمةِ القن سواء ويخالف المكاتبةَ لأنهُ لا يملكُ استخدامُها، والله تعالى أعلم.

تم الجزء الثامن بتقسيم المحقق

ويليه إنشاء الله الجزء التاسع

وأوله: كتاب النكاح

فهرس المحتويات